ا مهـوريـة ا زائـريـة الد قراطيـة الشعبيـة

وزارة العـــــــــــدل

ا عهـد الوطنـي للقضـاء

ا س قضـاء معسـكر

مذكـرة ايـة التدريـب



دور القاضي و الخصوم في توزيع عبء الإثبات في المسائل المدنية

دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة الإسلامية

من إعـداد الطلبـة القضـاة :

ت إشـراف السيـد ا شرف :

- بوزيـانـي مـد

الدفعة الثالثة عشر

السنة الأكاديمية : 2004 - 2005



نتقـدم بشـكرنـا الجزيـل إلـى من يعمـــل بصـدق لرفـع رايـة الحـــق و إرسـاء قـواعـد العدالـــة، و نخـص بالذكـر:

- السيـد القاضـي المشـرف *بوزيـانـي* محمـد علـى مـا بذلـه من جهـد و مـا ادخـره لنـا من وقـت لإنجـاح فتـرة التربـص الميـدانـي، و إنجـــاز هذه المذكـــرة.

- السـادة : رئيـس المجلس و النائـب العـام لـدى مجلـس قضـاء معســكر.
  - داودي مجـراب.
  - سعـدا بحـري.
- السـادة : رئيـس المحكمة و وكيـل الجمهوريـة لدى محكمة معسـكر.
  - جوردام عبد العزيز.
  - بن صالح علـي.

و السادة القضاة و المستشارين العاملين بنفس المجلس.

موظفي محكمة مجلس قضاء معسـكر.

موظفي المكتبة المركزية الجامعية و مكتبة كلية الحقوق.

و إلـى أعضاء اللجنة الذين سيشرفون على مناقشة هذه المذكرة.

و كل من ساهم من قريب في إنجاز طبع هذه المذكرة.

مقـدمـــــة :

مر الإثبات القضائي في تاريخ الإنسانية بمراحل يضيق المقام عن الخوض فيها فقد كانت الإنسانية في طفولتها تلجأ في الإثبات القضائي إلى ضروب من السحر والشعوذة[1] ثم لجأت إلى الدين. و كان القتال بل الانتحار من الأدلة القضائية عند بعض الأمم في فجر التاريخ.

ولقد تطورت أساليب الإثبات القضائي فأصبح هناك تعاونا وثيقا في الإثبات بين القانون و القاضي و الخصوم. فالقانون يبين طرق الإثبات و يحدد قيمة كل منها، والقاضي يطبق القواعد التي يقررها القانون في ذلك و يتمتع في تطبيقها بشيء من حرية التقدير. و الخصوم هم الذين عليهم أن يقدموا الأدلة على صحة دعواهم و ذلك على الوجه الذي رسمه القانون. و لكل خصم الحق في مناقشة الأدلة التي يقدمها خصمه و في تفنيدها و في إثبات عكسها.

و لما كان الإثبات القضائي محدود في وسائله فالحقيقة القضائية يكون حظها من مطابقة الوقائع بقدر ما يكون للقاضي من سلطة في البحث و التحري، فلا يجوز للقاضي أن يبني حكمه إلا على وسائل الإثبات التي أجازها القانون ولا يقبل منه القضاء بعلمه الشخصي.لأن المشرع عدد طرق و حصرها في ذلك فلا تقبل وسيلة أخرى.فالأصل أن دور القاضي سلبي في إثبات المواد المدنية، فإذا كان القانون يفرض إثبات الديون كتابة ولم يتوفر الدليل الكتابي لدي الدائن فلا يملك القاضي سوى رفض دعواه حتى ولو كان مقتنعا بصحتها. كأن يكون شهد بنفسه الواقعة التي أنشأت الدين. لذلك فأن الطرق التي يحددها القانون للإثبات تلزم المتقاضين من جهة.حيث أن دليلهم لا يستقيم إلا إذا وافق هذه الطرق، والقاضي من جهة أخرى حيث أنه مقيد بقبول الوسيلة الواجبة دون غيرها.والحكم طبقا لما يقتضيه القانون في تلك الحالة.

ووسائل الإثبات في القانون على خلاف الشريعة الإسلامية لا تؤدي غالبا إلا إلى حقيقة ظنية لا قطعية. ويحتمل أن تكون الحقيقة القضائية التي تثبت أمام القضاء تختلف

---

[1]

عن الحقيقة الواقعية. ولذالك كانت الحقيقة القضائية نسبية ولكن المشرع يضحي بالحقيقة الواقعية و يضفي على الحقيقة القضائية حجية الأمر المقضي.

وجميع وسائل الإثبات في القانون تفيد الظن إلا أن المشرع أعطى بعض الوسائل حجية ملزمة للقاضي وأعتبر الثابت بها ثابتا في الواقع.

وأوجب على القاضي الحكم بموجبها وهي الكتابة والقرائن القانونية القاطعة واليمين الحاسمة والإقرار بينما ترك بقية الوسائل في تصويرها الحقيقة إلى قناعة القاضي و تقديره و هي الشهادة و القرائن القضائية و الخبرة و المعاينة. والقانون في تمسكه بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية إنما يوازن بين اعتبارين. اعتبار العدالة في ذاتها ويدفعه إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن جميع الوجوه حتى تتفق معها الحقيقة القضائية. واعتبار استقرار التعامل ويدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها في تقدير كل دليل فيحدد له طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها. حتى يأمن جوره إذا مال إلى الجور أو حتى على الأقل حتى يحد من تحكمه فلا يختلف القضاة فيما يقبلون من دليل وفي تقدير قيم الأدلة في القضايا المماثلة .

ونظرا للموازنة بين اعتبار العدالة واعتبار استقرار التعامل قامت ثلاث مذاهب في الإثبات: مذهب يميل إلى اعتبار العدالة ولو بالتضحية باستقرار التعامل وهذا هو المذهب الحر أو المطلق(système libre) ومذهب يستمسك باستقرار التعامل ولو على حساب العدالة فيقيد الإثبات أشد التقييد حتى يستقر التعامل. وهذا هو المذهب القانوني أو المذهب المقيد(système légal) .

ومذهب ثالث يزن ما بين الاعتبارين فيعتد بكل منهما. و لا يضحي بأحدهما لحساب آخر و هذا هو المذهب المختلط(systeme mixte). و هذا المذهب الثالث هو خير المذاهب جميعا. فهو يجمع بين ثبات تعامل بما احتوى عليه من قيود و بين اقتراب الحقيقة الواقعية من الحقيقة القضائية بما أفسح فيه للقاضي من حرية التقدير. و قد أخذ المشرع الجزائري بهذا المذهب مقتفيا في ذلك أثر الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي و القانون الإيطالي و القانون البلجيكي و معظم التشريعات العربية.

و يقف أمام القاضي خصمان كل منهما يدعي الحق و ينسبة إلى نفسه و ينازع في ادعاء الآخر فيه. و القاضي يفتقر إلى ما يرجع به جانبا على الآخر و يظهر أثر ذلك خاصة إذا كان الحق المتنازع فيه غير مستقر و إنما في وضع مؤرجح بينهما. أو كان الحق غير ثابت لأحدهما أو كان محل إثبات صعب المنال فإن تكليف أحد طرفين بإثبات حقه هو تهديد له فيه بحيث إذا عجز عن إقامة البينة أو قصر في تهيئة الدليل المقنع أو فشل في الإثبات الكافي، حكم عليه القاضي و سلب الحق منه، و لهذا اقتضت الضرورة توزيع عبء الإثبات بينهما.

و القاعدة العامة في عبء الإثبات هي البينة على المدعي و اليمين على من أنكر[1]. و وفقا لهذه القاعدة التي تعتمد على التمييز بين المدعي والمدعى عليه، يقع عبء الإثبات على الطرفين و يتوزع على المدعي و المدعى عليه بطريقة عادلة فتوجب الحجة القوية على صاحب الجانب الضعيف و هو المدعي و تفرض الحجة الضعيفة على صاحب الجانب القوي، وهنا يتفق القانون مع ما جاء في الشريعة الإسلامية في أنهما لا يكتفيان بإلقاء عبء الإثبات على المدعي فقط، بحيث يقف المدعى عليه موقفا سلبيا متذرعا بمجرد الإنكار و ملتزما بالصمت و السكوت، و إنما وجب عليه عبء من الإثبات يتناسب مع قوة جانبه فيعزز إنكاره باليمين.

فالإثبات يقع على عاتق الطرفين، فإذا أثار المدعي النزاع وجب عليه أن يثبت دعواه، و إذا فشل في الإثبات و عجز عن تقديم الدليل و لجأ إلى ذمة الطرف الآخر وجب على المدعى عليه اليمين، و ذلك حتى يصدر الحكم القضائي برد الدعوى و بقاء الحق مع المدعى عليه مبنيا على حجة و دليل لقطع الشبهات و لإزالة القلق الذي نشأ بالدعوى و لاستقرار الحق لصاحبه.

و المدعى عليه لا يكلف باليمين إلا في حالة إخفاق المدعي في القيام بما هو مكلف به من إقامة الدليل على ما ادعاه، أما إذا استطاع المدعي إقامة الحجة و تقديم الدليل على صحة ما ادعاه فإن الأمر يختلف لأن المدعى عليه حينئذ يصبح في مركز ضعيف

---

1 هذه القاعدة مستمدة من ا ديث ا شهور عن مسلم و أصحاب السنن عن ابن عباس أن رسول ا (ص) قال : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال و أموا م و لكن البينة على ا دعي و اليم على ا دعى عليه".

يحتاج منه إلى بذل جهد مضاعف لكي يخرج من هذا الموقف الذي وضعه فيه المدعي، فإما أن يقر بصحة ما أثبته المدعي و إما أن يقيم الدليل على براءة ذمته مما قام المدعي بإثباته، و من ثمة فإن وصف المدعى عليه ينقلب في الدفع ليصبح مدعيا يقع عليه عبء إثبات ما ادعاه في دفعه، وهكذا يتناوب طرفي الدعوى القيام بعبء الإثبات إلى أن يخفق أحدهما فيخسر دعواه.

فلما كانت مهمة المدعي بعبء الإثبات مهمة عسيرة و شاقة اقتضى الأمر العمل على إيجاد الوسائل التي تخفف من وطأة هذا العبء بحيث لا يترك تحمله للمدعي وحده، فكان الاتجاه إلى توزيع عبء الإثبات بين الخصوم عن طريق تحليل الواقعة محل الإثبات إلى عناصر يتكفل كل من الخصمين بإثبات ما يخصه منها.

و التوزيع معناه التخفيف من مطالبة المدعي بإثبات كافة عناصر الحق المدعى به، فيكتفي منه بإثبات ما يرجح وجود الحق في جانبه ليلقي على خصمه عبء دفع ما قام بإثباته[1]

و لعل القاضي رغم دوره السلبي في المسائل المدنية إلا أنه يقوم بدور هام في توزيع و تخفيف عبء الإثبات بين الخصوم و يبرز ذلك بقوة في مجال القرائن القضائية و اليمين المتمة.

و مادام الخصوم يملكون الدعوى المدنية فما من شك أنهم كذلك يلعبون دورهم في توزيع و تخفيف عبء الإثبات، و من هذا المنطلق يبرز بحثنا للوجود و هو:" دور القاضي و الخصوم في توزيع عبء الإثبات في المسائل المدنية".

و أساس الإشكالية التي وضعناها هي: ما مدى دور القاضي في توزيع و تخفيف ثقل عبء الإثبات المكلف به المدعي و ذلك بتكليف المدعى عليه بجزء مما كان مكلفا به المدعي؟

و ما هو دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات ؟ و هل يمكنهم الاتفاق على تعديل قواعد عبء الإثبات؟ و ما مدى تعلق ذلك بالنظام العام ؟

---

[1] و ذلك نص ا شرع ا زائري ا ادة 323 من القانون ا د على ما يلي:" على الدائن إثبات الالتزام و على الندين إثبات التخلص منه ".

و للإجابة على هذه التساؤلات وضعنا خطة واسعة تشمل كل الجوانب التي يمكن للقاضي أو الخصوم أن يكون لهم دورا فيها، و نرجوا أن نكون قد وفقنا في ذلك،

الخطة المقترحة:

الفصـــــل التمهيدي: الأحكام المتعلقة بعبء الإثبات

المبحـث الأول : ماهية عبء الإثبات و المكلف به

المطلب الأول: مفهوم عبء الإثبات

المطلب الثاني: أهمية تحديد المكلف بعبء الإثبات

المبـحث الثاني : القواعد المتعلقة بعبء الإثبات

المطلب الأول: البينة على من إدعى واليمين على من أنكر

المطلب الثاني: عبء الإثبات على من يدعي خلاف الظاهر

المبحـــث الثالث: محل عبء الإثبات

المطلب الأول : تحديد محل عبء الإثبات

المطلب الثاني : شروط محل عبء الإثبات

الفصــــــــل الأول: دور القاضي في توزيع عبء الإثبات

المبحـــث الأول : طبيعة دور القاضي في توزيع عبء الإثبات

المطلب الأول : الدور السلبي للقاضي

المطلب الثاني : الدور الإيجابي للقاضي

المبحـــث الثاني : دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن

المطلب الأول : دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن القانونية

المطلب الثاني : دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن القضائية

الفصل التمهيدي : **الأحكام المتعلقة بعبء الإثبات**

تستفتح دراستنا لهذا الموضوع بهذا الفصل التمهيدي الذي نتعرض فيه لتعريف عبء إثبات ثم نتناول بالدراسة والتحليل أهمية تحديد المكلف بعبء الإثبات مع بيان محله على أن تكون هذه الدراسة شاملة لجانبيها القانوني وكذا من خلال أحكام الشريعة الإسلامية .

المبحث الأول : **ماهية عبء الإثبات والمكلف به** :

في نطاق الادعاء يوجد من يدعي ومن يدعى عليه وقد لا يكون الحق ثابتا بطريقة واضحة ظاهرة محددة لأي من هذين الطرفين، وإنما قد يكون الحق متراوحا بينهما ولذلك فإنه يتعين تحديد من يكلف بعبء الإثبات إذ يذهب أغلب الفقه إلى أن عبء الإثبات يتوقف عليه مصير الدعوى ولذلك كانت قواعد عبء الإثبات هي أولى قواعد الإثبات وأهمها، حيث أن إلقاء عبء الإثبات على أحد الخصمين معناه أن يحكم له أو لخصمه . إذ تنص المادة 323 من القانون المدني "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه". وهو نفس نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري وتقضى المادة 132 من قانون أصول المحاكمات اللبنانية " يقع عبء الإثبات على من يدعى الواقعة أو العمل" ونظرا لأهمية عبء الإثبات استوجب بيانه وتحديد مفهومه لغة واصطلاحا[1]

المطلب الأول **:مفهوم عبء الإثبات** :

---

[1] رمضان أبو السعود – أصول الإثبات ا واد ا دنية و التجارية.

لقد درج الفقه على اعتبار " الإثبات بأنه إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة أو عمل قانوني يستند إلى أي منهما طلب أو دفع أو دفاع " والواقع أن إقامة الدليل أمام مرفق القضاء ليس بالأمر الهين وهو عبء على صاحبه لذلك اصطلح على تسمية التكليف بإقامة هذا الدليل بعبء الإثبات إذ أن القاضي يجمع خلال مراحل الدعوى جملة من المعطيات قصد الوصول إلى الحقيقة القضائية وفصل النزاع المطروح أمامه والتي يقدمها الأطراف قصد تأكيد دعواهم.

أولا : تعريف عبء الإثبات لغة :

مصطلح عبء الإثبات مركب إضافي مكون من كلمتين "عبء" و "إثبات" وللوقوف على معنى هذا المصطلح يلزم أن نعرف مكوناته ، لأن معرفة المركب تتوقف على معرفة أجزائه التي تركب منها ، إذ يطلق العبء في اللغة على الحمل والثقل، وجمعه أعباء جاء في لسان العرب "العبء بالكسر الحمل والثقل، من أي شيء كان والجمع الأعباء وهي الأحمال والأثقال".[1]

وجاء في الصحاح "العبء : الحمل والجمع أعباء ويتضح مما تقدم أن العبء عبارة عن شيء ثقيل على النفس تتحمله بصعوبة وهذا ما أجمعت عليه معاجم اللغة".

ثانيا: تعريف عبء الإثبات في الاصطلاح :

من خلال تطلعنا على عدة مراجع في الفقه القانوني والإسلامي انتهينا إلى عدم تعرضهم لمسألة تعريف عبء الإثبات في الاصطلاح إذ أنهم يلجؤون إلى معالجة أحكامه مباشرة وربما كان هذا الوضوح معنى عبء الإثبات من جانبه اللغوي. فالخصومة القضائية قوامها طرفان يدعى كل منهما أنه هو صاحب

[1] ابن منضور – لسان العرب ا زء الأول – ص 117، 118

الحق في الشيء المتنازع عليه على أن يقرر القاضي في الأخير من هو صاحب الحق. إلا أنه إزاء هذا الموقف يفتقر إلى ما يرجح أحد الادعاءين إذ أن القاضي لا يستطيع الترجيح إلا إذا قدم إليه الدليل والحجة وتقديم الدليل لم يتركه المشرع دون تنظيم فقد حدد المشرع أن الدليل يقع على الدائن في إثبات قيام الالتزام ويقع على المدين دليل وبيان انقضاءه، ومنه فإن عبء الإثبات اصطلاحا هو إلزام المشرع أحد الخصمين بإقامة الحجة على ما يدعيه وإلا قضي لخصمه مع يمينه.

و جاء في قوله سبحانه و تعالى : " تلك أمانيهم قل هاتوا برهانكم" [1]

[1] سورة البقرة – الآية 111

المطلب الثاني : أهمية تحديد المكلف بعبء الإثبات :

تظهر أهمية تحديد المكلف من الخصوم بعبء الإثبات في الصعوبة العملية التي تكتنف الإثبات سواء في تعذر الحصول على الدليل أو في خضوع هذا الدليل للتنفيذ والتشكيك من الطرف الآخر في الخصومة أو في السلطة التقديرية المقررة لمحكمة الموضوع في تقدير دلالة الدليل المقدم على الواقعة محل الإثبات كما هو الحال بالنسبة لشهادة الشهود و القرائن القضائية، بحيث يتهدد المكلف بعبء الإثبات بخسارة الدعوة إذا ما عجز عن إقامة الدليل على دعواه رغم كونه صاحب حق من الناحية الفعلية خاصة أن عبء الإثبات لا ينتقل إلى المدعى عليه لتقديم دليل انكاره دعوى المدعي متى كان هذا الأخير لم يفلح في تقديم دليل يجعل دعواه محتملة التصديق بحيث أن مجرد تحصن الخصم بانكار دعوى خصمه الذي لم يفلح في اثبات دعواه المخالفة للثابت أصلا أو مخالفة للظاهر، ليس من شأنه أن ينقل إليه عبء الاثبات، ذلك أن عبء الاثبات ينتقل بين الخصوم لدى نجاح الخصم في إقامة الدليل على ما يدعيه أو على رجحان دعواه أو حيث لا يكتفي الخصم بانكار دعوى خصمه بل يتجاوز ذلك إلى ابداء طلب أو دفع على خلاف الثابت أصلا أو الظاهر بحيث يكون الخاسر في الدعوى هو من عجز عن اثبات دعواه سواء كان هو البادئ بالاثبات أو كان هو من انتقل إليه عبء الانكار.

إذن الخصم الذي يكلف بعبء الاثبات يكون في موقف صعب و حرج لأنه نتيجة للعجز عن تقديم الدليل يعرض حقه للضياع و خسارة الدعوى بخلاف الطرف الآخر الذي يعفى من عبء الاثبات فيكون في مركز أقوى من خصمه لأنه يقف موقف المرتقب ينتظر ما يقوم به خصمه مما كلف به فإن لم يستطع الخصم إقامة الدليل حكم لخصمه مع يمينه.

إن القاضي عندما يكلف أحد الأطراف بالاثبات يعد إقرارا ضمنيا منه بتصديق الطرف الآخر غير المكلف بالاثبات و أن جانبه مرجح علة جانب الذي كلف به و هنا تكمن أهمية تحديد من يقع عليه عبء الاثبات لتوقف مصير الدعوى عليه و تزداد هذه الأهمية في التشريعات التي تقر بحياد القاضي و منها التشريع الجزائري، إذن القاضي

يقف موقفا سلبيا من الأطراف فيمتنع عليه التدخل في الدعوى لتوجيه الخصوم أو أحدهم في تقديم الأدلة.

و من القواعد المتفق عليها في القانون و في الشريعة الإسلامية أن عبء الاثبات يقع على المدعي، ففي الفقه الاسلامي اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على أن البينة على المدعي و دليله في ذلك قول الرسول صلى ا عليه و سلم الذي أخرجه الترميذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه قال : " البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه"، و قال كذلك :" لو يعطى الناس بدعواهم لإدعى رجال أموال قوم و دماءهم و لكن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر" [1].

و في الفقه القانوني نجد أن المشرع كرس بموجب أحكام المادة 323 من التقنين المدني أنه : " على الدائن اثبات التزام و على المدين التخلص منه " و هذه القاعدة نصت عليها معظم القوانين العربية. و مما سبق يخلص لنا مدى أهمية تحديد من يقع عليه عبء الاثبات، و على الرغم من أن الاجماع قائم على أن الذي يقوم بالإثبات و يتحمل عبأه هو المدعي إلا أن الأمر بالصعوبة بما كان إذ يصعب في الكثير من الأحوال تمييز المدعي من المدعى عليه و بالتالي تعيين من يكلف بإقامة الحجة و من ثمة كان لزاما علينا أن نتعرض لتعريف كل منهما و التمييز بينهما و هذا ما سنحاول عرضه فيما سيأتي بيانه.

<u>أولا :</u>عبء الاثبات يقع على المدعي:

يقوم تكليف المدعي باثبات دعواه على قاعدة أن البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر على أن يفهم بالمدعي كل من يدعي بواقعة على خلاف الوضع الثابت أصلا و هو ما كان مرد ثبوته هو ظهور موافقته للغالب بحسب طبيعة الأشياء، أو عرضا بإثبات خصمه له أو فرضا و هو ما افترض المشرع تحققه بقرينة قانونية بصرف النظر عما إذا كان وفقا لمفهوم قانون. بحيث أن المدعي في الإثبات قد يكون هو المدعي الذي رفع الدعوى أو المدعى عليه فيها أو طرف مدخل في الخصام أو متدخل، و سواء كان ما

[1] د/ مد فتح ا النشار – أحكام و قواعد عبء الإثبات الفقه الإسلامي و قانون الإثبات – ص 67، 68

يدعيه هو طلب أصلي أو مقابل أو كان صاحب دفع موضوعي أو شكلي أو دفع بعدم القبول. و تحديد من يتحمل عبء الإثبات مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا.

و يبدو للوهلة الأولى أن المدعي هو ذلك الذي يرفع الدعوى ضد غيره يطالبه بحق معين فهو مدع في دعواه يلزمه إثبات ما يدعيه، فمن يرفع دعوى على غيره يطالبه بسداد ما عليه من دين يلزمه أن يثبت وجود هذا الدين (مصدره) ف ذمة المطلوب، و من يرفع دعوى على غيره يطالبه بملكية عقار في حيازة المطلوب يلزمه إقامة الدليل على ملكيته هو لهذا العقار. و لكن ليس بصفة مطلقة أن يكون المدعي هو من يرفع الدعوى, فالمدعي في مجال الإثبات demandeur à la preuve قد يختلف عن المدعي في الدعوى demandeur à l’instance فقد يحدث و أن يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع معين فيصبح مدعيا في هذا الدفع و عليه اقامة الدليل على صحة ادعائه و مثالها المدعى عليه الذي يدفع بأنه وفى ما عليه من دين أو أن هذا الحق قد انقضى بالتقادم أو المقاصة أو غير ذلك فقد ينكر المدعى عليه وجود الحق المدعى به فيقع عبء الاثبات أي اثبات الحق المدعى به و اثبات وجوده على المدعي و عليه كانت القاعدة في الفقه المدني هو أن الذي يحمل عبء الاثبات هو المدعي في الدعوى و المدعى عليه في الدفع، فكلاهما مدع في دعواه.[1]

أما في الفقه الاسلامي فعبارات أصحابه أكثر انصافا و دقة، فقد قيل في المدعي أنه إذا ترك الدعوى يترك، يعني تنقطع الخصومة بتركه و المدعى عليه إذا ترك الدعوى لم يترك، و أن المدعي هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها و أن المدعى عليه إذا تركها يجبر عليها. كما أنه لا يكفي تحديد المدعي من الناحية الشكلية كما سبق بيانه للفصل في مسألة من يتحمل عبء الاثبات فقد يحدث أن لا يكلف المدعي بالإثبات في بعض الدعاوى و إنما يلقى هذا العبء على خصمه و مثالها : إذا رفع أحدهم دعوى على جاره يطلبه بسد مطلا لا يكلف – و هو المدعي في الدعوى- بإثبات أن جاره فتح المطل دون أن يكون له حق ارتفاق، بل الجار - و هو المدعى عليه – هو الذي عليه أن يثبت

---

[1] أ. د أبو الوفا : التعليق على قانون ا رافعات ص. 25

أن له حق ارتفاق يجيز فتح المطل. ففي هذا المثال يقع عبء الاثبات على المدعى عليه لا على المدعي, لأن طبيعة الوضع تقضي بخلو العقار من حقوق الارتفاق حتى يثبت ذو المصلحة عكس ذلك[1] .

ولأجل تحديد من هو المدعي الذي يقع عليه عبء الإثبات اتخذ الفقه الفرنسي من بعض أقوال الفقهاء الرومان نقطة للبداية، فقد ورد عنهم أن من يدعي خلاف الظاهر المشروع أو خلاف المركز المكتسب يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، و مرد هذه الفكرة هو حفظ النظام العام, و كذا العمل على استقرار المعاملات.

و قد كرس الفقه الفرنسي قاعدة تتكون من شقين : فقيل أن من يتمسك بالثابت أصلا لا يكلف باثباته, أما من يدعي خلاف اللأصل فعليه يقع عبء اثبات ما يدعيه, أي أن البينة على من ادعى خلاف الأصل. و يرى فريق آخر أن البينة تقع على من يدعي خلاف الظاهر, و يذهب رأي إلى أن مسألة تعين الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات يعد أمرا حتميا أيا كان نوع الدعوى و أيا كانت الواقعة المراد أثباتها, و الغاية من ذلك هي معرفة أي إدعاء من ادعاءات الخصوم يجب أن يعتمد عليه لحكم في الدعوى, فالقاضي عليه إلتزام بإصدار الحكم حتى ولو لم يقدم إليه الخصوم أدلة ادعاءاتهم, فلا يجوز له تأجيل حكمه و الاستمرار في البحث بصورة مستمرة, بل عليه البت في الدعوى و في مدة معقولة و لذتن يجب أن يكون الادعاء أو الدفع المعتمد عليه مفترض صحيحا في الأصل إلى أن يقوم الدليل على عكسه.

[1] عبد الرزاق أ د السنهوري - الوسيط شرح الفانون ا د ا ديد - الاثبات - ا زء الثا - ص. 80

ثانيا: المقصود بالمدعي في مجال الإثبات:

إذا كان فقهاء القانون المدني عملوا جاهدين على إزالة الغموض الذي يكتنف تبيان من هو المدعي فإن فقهاء قانون الإجراءات المدنية انتهوا إلى أن من يذهب أولا إلى ساحة القضاء ليرفع دعوة قضائية ضد أحدهم يعد مدعيا و هو الذي يكلف خصمه بالحضور و يبدأ إجراءات رفع الدعوة, و الطرف الآخر هو المدعى عليه.

الواقع أن ما انتهى إليه فقهاء قانون الإجراءات المدنية فيه نظر لأنه ليس من الضروري أن ينحصر وصف المدعي في من يرفع دعوة فقط, لأن المدعى عليه من حقه أن يدفع إدعاء المدعي فيثبت عكس دعواه, و هنا يصبح مدعيا في هذا الدفع و يصبح خصمه المدعي في الدعوى مدعى عليه. و نظرا لصعوبة التميز بين طرفي الدعوى في نطاق قانون الإجراءات المدنية اجتهد فقهاء القانون المدني في وضع المعايير التي يستطيع القاضي أن يميز بها بينهما, و كان ثمرة اجتهادهم تقرير مبدأ عام مقتضاه أن البينة على من ادعى خلاف الظاهر, ثم فسروا الظاهر بثلاث أنواع : ظاهرا أصلا و ظاهرا عرضا و ظاهر فرضا, إذ يرى الأستاذ السنهوري أن عبء الاثبات يقع على من يدعي خلاف الثابت أصلا أو ظاهرا فعلا أو فرضا, و يطلق عليهم أسم: الثابت حكما, و منه فأن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الثابت حكما أو فعلا.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد أوردوا تعريفات عدة في كتب المذاهب المختلفة, و يصعب الحال في معرفة اتجاهات كل مذهب على حدة نظرا لكثرة تعريفات داخل المذهب الواحد, و يمكن رد هذه التعريفات في مجموعها إلى عدة اتجاهات :

<u>الاتجاه الأول</u>: وهو ما ذهب إليه معظم فقهاء الأحناف ورأي بعض المالكية حيث عرفوا المدعي: "المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة".

<u>الاتجاه الثاني</u>: وهو ما ذهب إليه معظم فقهاء الشافعية والزيدية وهو قول عند الحنفية والمالكية و مؤداه أن المدعي:" هو الذي يخالف قول الظاهر والمدعى عليه هو من

يوافقه فالذي يتمسك بغير الظاهر يكون هو المدعي والذي يتمسك به يكون هو المدعى عليه والظاهر في أصل اللغة هو الواضح البين[1] " ويقصد به هنا ما هو واضح وبين للناس إما بمقتضى الأصل أو لأنه هو الغالب في الاستعمال والمتعارف عليه في الحياة أو المألوف في مجرى الأمور.

فالظاهر عند أصحاب هذا الاتجاه ينصرف إلى نوعين: الظاهر بنفسه، وهو ما يكون مستفاد من الأصول وذلك كالظاهر المستفاد من البراءة الأصلية، والثاني وهو الظاهر بغير، وهو ما يكون مستفاد من عدة أمور وهي الأول: مستفادا مما اعتاد الناس وتعاملوا به وأصبح مألوفا لديهم ومقبولا عندهم ومتعارف عليه بينهم وهو العرف والعادة كالعربون وثمن البيع ومعيار العيوب التي يرد بها المبيع[2].

أما الأمر الثاني الذي يستفاد منه الظاهر بغيره ثبوت الحق عرضا وذلك كما لو ثبت الدين بالبينة أو الحجة، والأمر الثالث أن يكون الظاهر معهودا بنص شرعي كما في حالة العمل بالقرائن ودلائل الأحوال فإذا اختلف الزوجان في نسب الولد لأبيه مثلا وكان الزواج ثابتا والعقد صحيح والفراش قائما فلا شك أن ذلك يكون قرينة قوية تشهد للزوجة بصحة نسب الولد إلى أبيه لقول رسول ا ε: " الولد للفراش وللعاهر الحجر".

<u>الاتجاه الثالث</u>: وهو ما ذهب إليه معظم فقهاء المالكية والإباضية حيث عرفوا المدعي بأنه: "من تجرد قوله حال الدعوى عن مصدق من أصل أو معهود عرفا " أو أن المدعي هو: أبعد المتداعيين سببا. ومنه فإن المدعي هو من كان قوله على خلاف أصل أو عرف وذلك كالوصي الذي يطالبه اليتيم حين البلوغ بماله تحت يده فيقول الوصي أوصلتك مالك، فإنه مدع وعليه البينة.

<u>المبحث الثاني: القواعد المتعلقة بعبء الإثبات:</u>

---

[1] الإمام النووي – رياض الصا – ص 88.

[2] مد فتح ا النشار – ا رجع السابق – ص 96.

لا شك أن الذي يقوم بالإثبات هو الخصوم لا سيما في ظل مبدأ حياد القاضي وعدم قضاءه بعلمه الشخصي، ومنه فإن تكليف أحد الخصوم بإقامة الحجة والبينة على الشيء المتنازع عليه أمر في غاية الخطورة لأنه يؤثر في سير الدعوى وفي نتيجتها ويلقي على الخصم عبأ ثقيلا يجعله في مركز دون مركز خصمه، إذ يكلف بالقيام بعمل إيجابي تتوقف عليه نتيجة الدعوى بينما يكتفي من خصمه بأن يقف من الدعوى موقف سلبيا ولا شك أن ذلك يجعله في موقف أفضل من موقف خصمه، وقد بينا في المبحث الأول أن المكلف بعبء الإثبات هو المدعي وفي هذا المبحث نتعرض لأهم القواعد المتعلقة بعبء الإثبات وهي لا تخرج في المفهوم القانوني عن قاعدتين وهما البينة على من ادعى واليمين على من أنكر وقاعدة عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الظاهر بتناولهما بشيء من التفصيل في مطلبين.

المطلب الأول: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر:

تعد هذه القاعدة هي الأساس في الإثبات فهي القاعدة العامة لأنها تبين الطرف الذي يتكبد مشقة القيام بتحمل عبء الإثبات وتبين كذلك الطرف الذي يتحمل عبء حلف اليمين عند عجز الطرف الآخر عن القيام بما كلف به، وهذه القاعدة متفق عليها بين فقهاء القانون والشريعة الإسلامية[1] .

أولا: البينة على من ادعى:

إن معنى هذه القاعدة أن الذي يلقى عليه عبء الإثبات هو المدعي لأنه هو المكلف بإقامة الدليل، ذلك أنه ومن المعلوم أن كل خبر يحتمل الصدق والكذب والادعاء المجرد لا يخرج عن مجرد كونه خبر فلا بد من دعمه بحجة، والحكمة في جعل البينة في جانب المدعي هي أن جانبه ضعيف لأنه يدعي خلاف الظاهر فكانت البينة عليه لإظهار ما خفي وكشف ما استتر واثبات أن هذا الأمر الظاهر الذي يبدو معهودا للكافة ليس على حقيقته و

---

[1] مد فتح ا النشار – ا رجع السابق – ص 110.

إنما هناك أمر خفي عليهم، أما المدعى عليه فلا يكلف بإقامة بينة لأن قوله مؤيد بالظاهر، و إذا أقام المدعي البينة وجب على القاضي أن يحكم له بها مادامت كافية لإثبات الحق.

كما يتفق الفقه القانوني شأنه شأن الفقه الإسلامي على تقرير هذه القاعدة فيذهب إلى أن المكلف بالبينة هو المدعي أما المدعى عليه فإنه يكلف بحلف اليمين إذا تعذر إقامة البينة من المدعي ومجرد هذا الاتفاق الفقهي هو الاتفاق التشريعي فالنصوص التشريعية في القانون المدعي، و مرد هذا الاتفاق الفقهي هو الاتفاق التشريعي، فالنصوص التشريعية في القانون المدني (المادة 323 من القانون المدني) والقوانين العربية الأخرى تؤكد مضمون هذه القاعدة، وتتفق مع سائر التشريعات العربية في تكليف الخصم الذي يدعي شيئا بإقامة الدليل على ما يدعيه وإلا اعتبر ادعاءه مجردا لا أساس له فترفض دعواه. وتطبيقا لهذا المبدأ يكون على من ادعى دينا على غيره أن يثبت وجود السبب الذي أنشأ هذا الدين وذلك بإظهار سند الدين الذي يؤكده، أو إقامة الدليل الذي انشأ هذا الدين وذلك بإظهار سند الدين الذي يؤكد ذلك أو إقامة الدليل على أية واقعة يترتب عليها إثبات الالتزام في ذمة الخصم، وهذه القاعدة لها أهمية كبرى بل يمكن اعتبارها من المبادئ الأساسية التي يظهر أثرها في المجال العملي للمحاكم، إذ يعد عجز المدعي عن إثبات ما يدعيه سببا في خسارة دعواه، إذ أن القاضي يفصل عادة في الدعاوى إما لإقتناعه بما قدمه المدعي من أدلة وإما لعجز المدعي عن إثبات إدعاءه. ويرى الدكتور السنهوري أن هذه القاعدة[1] ليست كما يذهب إليه الاعتقاد من البداهة بحيث كانت مقررة في كل العصور، وإنما كان عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعي في القانون الروماني قبل الأوامر البريطورية، ولم تظهر هذه القاعدة إلا من أجل البريطور ليحمي مجرد الحيازة فيحمي الوضع الظاهر، وعندئذ ألقى عبء الاثبات على من يدعي خلاف الظاهر. أما في القانون الفرنسي القديم فقد كانت العادات القديمة تحمل المدعى عليه عبء الإثبات.

ونخلص مما سبق إلى أن الاجماع قائم على أن الذي يتكبد مشقة القيام بعبء الإثبات إنما هو المدعي، حتى لو تكفل المدعى عليه بإثبات حقه على الشيء المدعى

[1] عبد الرزاق أ د السنهوري – ا رجع السابق – ص 68 هامش 3.

وأخفق في ذلك فلا يحكم للمدعي لمجرد عدم استطاعة المدعى عليه التدليل على عدم صحة الدعوى لأن ذلك يخالف قاعدة البينة على من ادعى، أما إذا أقام المدعي البينة و ثبت للمحكمة فوق ذلك عدم استطاعة المدعي عليه التدليل على عدم صحة الدعوة فحكمت للمدعي، فإن حكمها لا يكون قائما على عدم استطاعة المدعى عليه نفي صحة الدعوى و إنما يكون الحكم مؤسسا على بينة المدعي.

ثانيا: اليمين على من أنكر:

و مقتضى هذا الشق من القاعدة أنه إذا لم يتمكن المدعي من إقامة البينة على ما ادعاه و انقطعت به السبل لأجل الوصول إلى إقناع القاضي بصحة ما يدعيه فان الأمر لا يقف عند هذا الحد ولكن ما زال عند المدعي بادرة أمل في اللجوء إلى ضمير المدعي عليه و الاحتكام إلى ذمته و عقيدته عساه أن ينطق بالحق فيعترف به، و من هنا جاءت أهمية توجيه هذا اليمين فكأن المدعي والمنكر قد قبلا الاحتكام إلى إشهاد ا - جل وعلا - على صحة دعواهما.

و هذه اليمين مقتضاها أن المدعي لاحق له فيما يدعيه و أن المدعى عليه هو صاحب الحق فيه فإذا كان الحالف صادقا فقد دفع افتراء المدعي و خيب مطامعه و حافظ على حقه من الضياع، و السبب في تكليف المدعي عليه حلف اليمين أن هذا الظاهر الذي يشهد له حجة ضعيفة لاحتمال أن يكون الحق على خلافه فهذا الظاهر لا يفيد إلا ضنا قويا، فكانت الحاجة ماسة إلى هذا اليمين ليقطع هذا الشك و إنما كانت البينة حجة قوية و اليمين حجة ضعيفة لأن البينة صادرة من غير أطراف الدعوى و لا يستجاب بها صاحبها نفعا لنفسه فكانت قوية في إظهار الحق. فالشاهد مثلا لا ينتظر نفعا لنفسه من شهادته أما اليمين فهي و إن كانت مؤكدة بذكر لفظ الجلالة إلا أنزع كلام الخصم فلا تكفي دليلا لإظهار الحق و إنما تكفي كمرجع مساند لما هو ظاهر[1]

و قد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن اللفظ الذي ينعقد به يمين المدعي عليه هو القسم بلفظ الجلالة "و ا "، و هذا اللفظ الذي ينعقد به اليمين واجب على الجميع

[1] مد فتح ا النشار – ا رجع السابق – ص 114.

المسلم و الذمي و الكافر و الذكر و الأنثى لأن الحلف المقصود به التعظيم و لا يجوز تعظيم غير ا سبحانه في القسم لما رواه عبد ا بن عمر عن الرسول صلى ا عليه و سلم : " من حلف بغير ا فقد كفر أو أشرك ".

فقد أقر فقهاء القانون و استقر عليه القضاء أنه إذا لم يتمكن المدعي من إقامة الحجة على ما ادعاه فانه يكون معرضا لخسارة دعواه إذا ما التجأ إلى ضمير المدعى عليه ليطلب منه اليمين على الحقيقة في الشيء المدعى.

كما أن المدعى عليه يقف موقفا سلبيا أثناء مدة تكليف المدعي لإقامة البينة، و لكن هذه السلبية تنتهي عند حد معين ذلك أنه إذا نجح المدعي في إثبات ما ادعاه هنا يفتح المجال لخصمه ليرد على ما أثبته المدعي فإذا سلم بادعاء خصمه و بما أقامه من حجج عدا هذا إقرارا منه لصالح خصمه و تنتهي الدعوى عند هذا الحد، أما في حالة عدم نجاح المدعي في إقامة الأدلة على ما ادعاه فان المدعي عليه إما أن يسلم له بما ادعاه و إما أن ينكر و عندئذ يلتجئ المدعي اضطراريا إلى الوازع الديني فيطلب منه على أنه صاحب الحق في الشيء المدعى و المدعي لا حق له فيه مطلقا.

<u>المطلب الثاني</u>: عبء الإثبات على من يدعي خلاف الظاهر

من استعراض القواعد التي تعد أصولا يتبين أن الأصل يستخلص بالعقل و المنطق أو بالنص، فالأصل عبارة عن قواعد أما الظاهر فعبارة عن وضع أو موقف ثابت في نظر الكافة، فينظر أنه الوضع أو الموقف الحقيقي إلا إذا ثبت كذب هذا الوضع أو الموقف لذلك من كان قوله على وفق الظاهر لا يكلف بالإثبات و إنما يلقي عبء الاثبات على من يدعي خلاف هذا الظاهر. ومن قبيل ما يعد ظاهرا ما تنص عليه المادة 836 من القانون المدني: "من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية و قت حيازته".

فقد يتنازع شخصان على حق من الحقوق و يكون أحدهما حائزا له، هنا يجعل القانون الحائز في مركز المدعى عليه في الدعوى، فأخذ القانون بالوضع الظاهر يجعل

الحائز في هذا المركز ويجعل عبء الاثبات يقع على من يدعي خلاف هذا الظاهر، فالظاهر أن من يحوز حقا فهو غالبا ما يكون صاحبه فإذا جاء آخر وادعى العكس لزمه إقامة الدليل[1].

كما أن الظاهر أن حق الملكية خال مما يثقله من أعباء و تكاليف عينية فالمالك الذي يتمسك بهذا الظاهر لا يطالب بإثباته و إنما يقع عبء اثباته على من يدعي خلاف هذا الظاهر، مثال ذلك من يدعي أن له على العين حق ارتفاق أو انتفاع أو مرور، فيجب عليه إثبات ما يدعيه.

و الظاهر أيضا هو اجتماع سلطات حق الملكية جميعها لصاحبها فمتى كان الشخص مالكا فهو متمتع بسلطات الملكية الثلاث: من استعمال و استغلال و تصرف، و على من يدعي خلاف هذا الظاهر أن يقدم الدليل و الظاهر أيضا هو شمولية ملكية الأرض لما فوقها و ما تحتها، و الظاهر هو شمول ملكية الأرض للأراضي التي تلتصق بها نتيجة طمي النهر حيث تقضي المادة 778 من القانون المدني: " الأراضي التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للمالكين المجاورين" و الظاهر أن الأرض التي يكشف عنها البحر تكون أصلا ملكا للدولة حسب المادة 773 من القانون المدني، كما أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الإطلاع عليه، و من أمثلة ذلك لو اطلع المشتري على العيوب التي توجد في المبيع واتخذ مسلكا من قبل الشراء لهذه العيوب فإنه لا يستطيع أن يرجع على البائع بهذا الضمان، و يقع على البائع عبء إثبات علم المشتري أو إمكانية العلم بهذه العيوب و سوف نفصل القول في هذا المطلب من خلال الآتي بيانه.

<u>أولا:</u> عبء الإثبات على من يدعي خلاف الأصل.

يعتبر الأصل من الأمور المرجحة لجانب أحد المتداعيين على الأخر و بالتالي فإن الذي يتمسك به يكون جانبه قويا و يكون الظاهر أن الحق في جانبه و منه فإنه يعفى من

---

[1] رمضان أبو السعود – ا رجع السابق – ص 348.

تحمل عبء الإثبات، أما الطرف الآخر الذي يكون قوله مخالفا لهذا الأصل فعليه يقع عبء الإثبات، و من قبيل القواعد التي تعد أصلا:

الأصل براءة الذمة: ففي نطاق الحقوق الشخصية أو الالتزامات الأصل هو براءة ذمة الشخص من أي التزام و لذلك من يتمسك بهذا الأصل لا إثبات عليه و إنما يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف هذا الأصل، و مثالها من يدعي أنه أقرض غيره مالا فعليه أن يثبت عقد القرض، و من طالب أخر بثمن المبيع فعليه إثبات عقد البيع[1].

و في الشريعة الإسلامية تعني هذه القاعدة أن ذمة الإنسان – بحسب الأصل – غير مشغولة بأي حق من الحقوق التي تترتب للغير عليها و ذلك لأن الشخص يولد و ذمته خالية من أي التزام عليها و انشغالها إنما يجعل عن طريق التعاملات التي يقوم بها الشخص. و منه فإن أي من يدعي خلاف هذا الأصل يكلف بإثبات ما يدعيه، أما المدعى عليه فنظرا لأن الأصل يشهد له فإنه يعفى من التكليف بإثبات عدم شغل ذمته.

الأصل في الصفات العارضة العدم: ومنها أن كل شخص هو أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون أو القضاء و على ذلك من يدعي أن العاقد ناقص الأهلية أو عديمها، عليه يقع عبء الإثبات. وكذلك الأصل أن العقود سليمة خالية من كل عيب و من يدعي خلاف هذا يقع عليه عبء الإثبات. و في الفقه الإسلامي يقصد بالصفات العارضة التي لم توجد مع الموصوف و لم تتصف بها ذاته ابتدءا كالمرض و العيب أو هي ما كان عدمها هو الحالة الأصلية أو الغالبة فيكون العدم هو المتيقن لأنه الحالة الطبيعية، أما الصفات الأصلية فهي التي توجد مع الموصوف ابتدءا بحسب الأصل أو الغالب كالصحة و السلامة من العيوب و يقتضي العمل بهذه القاعدة القول بأنه في حالة التنازع حول وصف من الصفات التي تلحق الشيء المتنازع حوله فإنه ينظر في هذا الوصف، فإن كان من الصفات الأصلية فإنه يكون شاهد لمدعيه و يكون القول قوله لأن الأصل في الصفات الأصلية الوجود و العدم طارىء، أما إذا كان الوصف من الصفات العارضة فإن مدعيه يكلف بالإثبات لأن الأصل فيها هو العدم و الوجود طارىء.

---

1 رمضان أبو السعود – ا رجع السابق – ص 326.

الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته:

يقرر الفقه القانوني أنه في حالة وقوع نزاع في زمن حدوث تصرف من التصرفات أو أمر من الأمور، فإن هذا التصرف ينسب إلى أقرب أوقاته، و مثالها ما نصت عليه المادة 408 من القانون المدني إذا باع المريض مرض الموت فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، وإذا تم للغير في نفس الظروف اعتبر غير مصادق عليه و يكون قابل للإبطال و منه إذا ادعى الورثة أن التصرف صدر خلال مرض الموت فتطبق عليه أحكام الوصية إلا إذا استطاع المتصرف إليه إثبات صدوره في زمن الصحة[1].

ثانيا: عبء الإثبات على من يدعي خلاف العرف و العادة

إذا كان غني عن البيان أن المدعي هو الذي يدعي خلاف الظاهر سواء أكان هذا الظهور بحسب الأصل أم بحسب العرف أم بحسب قرائن الأحوال و هنا سنتكلم عن أن العرف يرجح قول أحد الخصوم على الآخر الذي يقع عبء إثبات ما يخالف العرف، و إن كان العرف احتل محل الصدارة في المجتمعات الأولى، و لعل أول مصدر عرفته الإنسانية من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية هو العرف فكانت القاعدة القانونية تظهر في العمل مستكملة قوتها الإلزامية نتيجة تواتر الأفراد على العمل بها مع اعتقادهم بإلزامها، و في القانون الجزائري و حسب نص المادة الأولى من القانون المدني فيحتل العرف المرتبة الثالثة بعد التشريع و الشريعة الإسلامية و بالرجوع إلى القانون المدني نجد عدة نصوص تحيل إلى العرف و العادة و منها المادة 387 من القانون المدني: " يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك".و كذا المادة 338: "يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك ".

ثالثا: عبء الإثبات على من يدعي خلاف القرائن

تعد القرائن من الأمور التي ترجع جانب أحد المتداعيين ابتداءا و يطلب من الخصم إقامة الحجة على خلاف ما تدل عليه القرينة و إلا حكم لمن شهدت له القرينة مع يمينه، و

---

[1] رمضان أبو السعود – ا رجع السابق – ص 330.

القرائن تختلف من حيث القوة و الضعف فقد تكون قوية تفيد القطع و قد تنزل إلى درجة الاحتمال البعيد فهي في حيز التردد، و قد نصت المادة 331 من القانون المدني على أن القرائن القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريق أخرى من طرق الإثبات دون أن يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

و قد نصت المادة 340 من القانون المدني على أن يترك للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة. و القرائن نوعان قاطعة و غير قاطعة، و القرينة القانونية هي التي لم يترك أمر تقديرها للقاضي و هي طريق معفي من الإثبات فإذا وجدت القرينة القانونية بنص ما فإن من يقع عليه عبء الإثبات هو الطرف الذي لا يستفيد منها[1] .

وقد أقر فقهاء الشريعة الإسلامية جملة من القواعد تحكم عبء الإثبات و جب علينا الإشارة إليها في هذا المقام و هي فضلا عما سبق بيانه:

<u>اليقين لا يزول بالشك:</u>

اليقين طمأنينة القلب على حقيقة الشيء و الشك استواء طرفي الشيء وهو الوقوف بين الشيئين بحيث لا يميل القلب إلى أحدهما، و بعبارة أخرى اليقين جزم بين القلب مع الاستناد إلى الدليل القطعي، ومعنى هذه القاعدة أن ما كان ثابتا بيقين لا يزول بالشك لأن ما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين، مثالها أن " أ " له لدى " ب " 1000 دينار و برهن "ب" على الوفاء أو الإبراء ثم برهن " أ " على أنه له عليه 1000 دينار هنا لا يقبل حتى يبرهن أن هذا المبلغ وقع بعد الإبراء أو الوفاء الأول.

<u>دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه:</u>

ومثالها أن يشتري أحدهم من السوق بقرة و يجدها بعد ذلك مريضة فيشرع في دواءها، فالمداواة دليل على الرضاء بالعيب.

<u>المبحث الثالث</u>: محل عبء الإثبات

---

[1] مد فتح ا النشار – ا رجع السابق – ص 186.

لقد سبق و أن انتهينا إلى أن إقامة الدليل أمام القضاء يكون على حق أو واقعة معينة و يعني هذا أن محل الإثبات هو الحق أو الواقعة التي يرتب عليها المشرع آثار معينة و المدعي مطالب بإقامة الحجة على هذه الواقعة أو ذلك الحق.

المطلب الأول: تحديد محل عبء الإثبات.

تتكون كل خصومة قضائية من عنصرين، عنصر الواقع و عنصر القانون، فالعنصر الأول هو الذي يكلف الخصوم بإثباته و أما الحكم الذي يصدره القاضي فهو تطبيق القانون على الواقع بناء على ما ثبت له من أدلة على هذا الواقع و منه فإن محل الإثبات الذي يتحمل المدعي عن القيام به إنما هو الواقع، أما القاضي فإن مهمته تنحصر في تطبيق القانون على الواقع[1].

أولا : إثبات الواقعة القانونية

الحق الذي يدعيه المدعي لا يصدق عليه هذا الوصف إلا لأنه يستند إلى قاعدة في القانون تقرر وجوده هذه القاعدة هي التي تجعل كسب الحق نتيجة لواقعة قانونية أي لوضع معين يوجد في الشخص صاحب الحق فإذا توافر هذا الوضع للمدعي صح له أن يطالب بهذا الحق و عندئذ يقع عليه عبء إثباته.

و الواقعة القانونية هي أمر يحدث فيترتب عليه كسب حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه و هي بمعناها الواسع تشمل التصرف القانوني كالعقود و الوصايا و العمل المادي الذي يرتب عليه القانون أثرا كوضع اليد أو الفعل الضار فإذا ادعى شخص أنه تملك أرضا بعقد من العقود الناقلة للملكية وجب عليه إثبات وجود هذا العقد أو أدعى ملكيتها بطريق التقادم فهو ملزم بإثبات وضع يده عليها المدة التي يتطلبها القانون لكسب الملكية أو من يدعي دينا على آخر يجب عليه أن يثبت مصدر هذا الدين أهو عقد أم إرادة منفردة أم فعل ضار غير مشروع أم إثراء بلا سبب، و الشيء المدعى لا يقتصر على أن يكون قيام حق و إنما يمكن أن ينصرف الإدعاء إلى انقضاء هذا الحق و ذلك كما لو ادعى

---

[1] رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص 368.

شخص على أخر دين و قام بإثبات مصدره فدفع المدعى عليه بالوفاء فهنا ينقلب المدعى عليه مدعيا.

و قد لا يكون المدعى به وجود حق أو زواله و إنما يكون وصفا قانونيا يلحق التصرف القانوني أو العمل المادي و ذلك كما لو كان التصرف القانوني عقدا و قام المدعي بإثباته فدفع المدعى عليه ببطلان العقد أو قابليته للإبطال أو بفسخه، أما ما يلحق العمل المادي فكما لو دفع المدعى عليه في الفعل غير المشروع بأنه كان في حالة دفاع شرعي عن النفس فهذا الوصف يعد واقعة قانونية يجب إثباته على النحو الذي تثبت به الواقعة الأصلية[1] و من ثم فإن محل الإثبات بهذا المعنى هو السبب المنشئ للأثر القانوني المدعى به سواء كان هذا الأثر هو وجود الحق أو زواله.

و نظرا لنقل محل الإثبات من الحق إلى مصدره فإن الإثبات لا يمكن أن يؤدي إلى يقين كامل وإنما يؤدي فقط إلى درجة معينة من الاحتمال و من ثم فإنما يقوم به المدعي من إثبات يقف عند الظن القوي بصحة ما قام به دون الجزم بيقين ما وقع إثباته فإن معظم الحقائق الواقعية ليست حقائق خالدة لا تتغير.

ثانيا: إثبات القاعدة القانونية

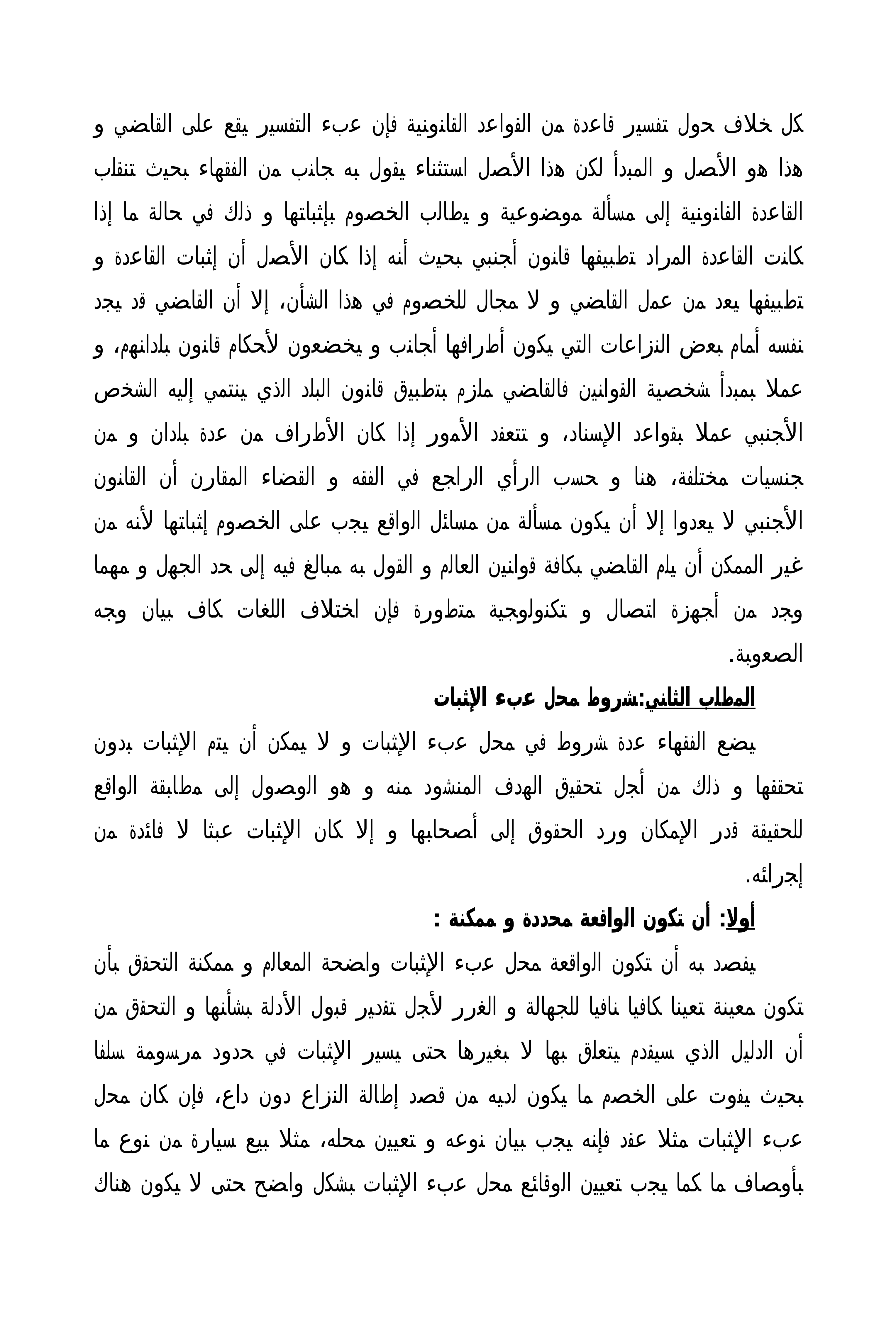
إذا كان المدعي هو المنوط به إقامة الدليل على الواقعة القانونية التي نشأ عنها الحق الذي يطالب به، أما تطبيق النص القانوني فلا شأن للخصوم به و هذا هو دور القاضي.

و القاضي ملزم بمعرفته للقانون إذ أن هذا هو صميم مهامه و واجبه المفروض عليه باعتباره أحد أفراد السلطة القضائية التي من بين أهم المهام الملقاة عليها تطبيق القانون، و هناك عبارة لاتينية تتمثل في : " أعطيني الواقع أعطيك القانون " و أيضا شاعت العبارة التي كان يستخدمها القضاة الفرنسيون لتنبيه المحامين إلى ضرورة اقتصارهم على الوقائع "...انتقل يا سيدي إلى الوقائع فالمحكمة تعرف القانون ".

و منه فإن القاضي هو المكلف بالبحث من تلقاء نفسه عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على ما ثبت لديه من وقائع و هو يخضع في تطبيقها لرقابة المحكمة العليا. و منه

---

[1] عبد الرزاق أ د السنهوري – ا رجع السابق – ص 48.



كل خلاف حول تفسير قاعدة من القواعد القانونية فإن عبء التفسير يقع على القاضي و هذا هو الأصل و المبدأ لكن هذا الأصل استثناء يقول به جانب من الفقهاء بحيث تنقلب القاعدة القانونية إلى مسألة موضوعية و يطالب الخصوم بإثباتها و ذلك في حالة ما إذا كانت القاعدة المراد تطبيقها قانون أجنبي بحيث أنه إذا كان الأصل أن إثبات القاعدة و تطبيقها يعد من عمل القاضي و لا مجال للخصوم في هذا الشأن، إلا أن القاضي قد يجد نفسه أمام بعض النزاعات التي يكون أطرافها أجانب و يخضعون لأحكام قانون بلدانهم، و عملا بمبدأ شخصية القوانين فالقاضي ملزم بتطبيق قانون البلد الذي ينتمي إليه الشخص الأجنبي عملا بقواعد الإسناد، و تتعقد الأمور إذا كان الأطراف من عدة بلدان و من جنسيات مختلفة، هنا و حسب الرأي الراجح في الفقه و القضاء المقارن أن القانون الأجنبي لا يعدوا إلا أن يكون مسألة من مسائل الواقع يجب على الخصوم إثباتها لأنه من غير الممكن أن يلم القاضي بكافة قوانين العالم و القول به مبالغ فيه إلى حد الجهل و مهما وجد من أجهزة اتصال و تكنولوجية متطورة فإن اختلاف اللغات كاف بيان وجه الصعوبة.

<u>المطلب الثاني</u>:شروط محل عبء الإثبات

يضع الفقهاء عدة شروط في محل عبء الإثبات و لا يمكن أن يتم الإثبات بدون تحققها و ذلك من أجل تحقيق الهدف المنشود منه و هو الوصول إلى مطابقة الواقع للحقيقة قدر الإمكان ورد الحقوق إلى أصحابها و إلا كان الإثبات عبثا لا فائدة من إجرائه.

<u>أولا</u>: أن تكون الواقعة محددة و ممكنة :

يقصد به أن تكون الواقعة محل عبء الإثبات واضحة المعالم و ممكنة التحقق بأن تكون معينة تعينا كافيا نافيا للجهالة و الغرر لأجل تقدير قبول الأدلة بشأنها و التحقق من أن الدليل الذي سيقدم يتعلق بها لا بغيرها حتى يسير الإثبات في حدود مرسومة سلفا بحيث يفوت على الخصم ما يكون لديه من قصد إطالة النزاع دون داع، فإن كان محل عبء الإثبات مثلا عقد فإنه يجب بيان نوعه و تعيين محله، مثلا بيع سيارة من نوع ما بأوصاف ما كما يجب تعيين الوقائع محل عبء الإثبات بشكل واضح حتى لا يكون هناك

مجال للشك في ماهيتها و مداها و تعتبر مسألة تقدير الواقعة ما إذا كانت معينة تعيين كافيا و كانت ممكنة، و يسمح بإثباتها مسألة لا يخضع القاضي فيها إلى رقابة المحكمة العليا، و مسألة تحديد الواقعة لا يقتصر على كون الواقعة إجابية كوجود الشيء أو إمكانية القيام به، بل يصح أن يرد الإثبات على الوقائع السلبية متى كانت محددة تحديدا كافيا، و الواقعة السلبية هي التي تتضمن في الغالب نفيا لأمر وجودي كنفي التقصير في الالتزام بعمل معين و إثباتها يكون بطريق إثبات أمر وجودي منافي لها.

ثانيا: أن تكون الواقعة محل نزاع و متعلقة بالدعوى

وهذا الشرط يعد من الشروط البديهية التي تقتضيها طبيعة الأشياء، ذلك لأنه يتطلب حتى يكون الخصم منكرا لما ادعاه المدعي، فيكون محل عبء الإثبات موضوع نزاع بين الخصمين، أما إذا كان الخصم مقر بما ادعاه المدعي و معترفا به فلا حاجة لإضاعة وقت القضاء في شيء معترف به لأن ذلك يعفي المدعي من عبء الإثبات و يجعل الواقعة ثابتة في حق المقر بها، و كونها ثابتة لا يعني أنها غير قابلة للإثبات لأنها تصح أن تكون محل عبء إثبات من الغير إذا قام بشأنها نزاع أخر[1]، إذ أن المستقر عليه فقها و قانونا أن الإقرار قاصر ولا يتعد صاحبه و هذا هو ما يميز الواقعة بكونها ثابتة أو أنها غير قابلة للإثبات، فإذا سلم الخصم بجزء من طلبات المدعي، فإن ما سلم به يستبعد من مجال الإثبات و تنحصر في ذلك الخصومة في الجزء المتنازع عليه، و مثالها ادعاء شخص معين أنه أصيب في الحادث ويطالب بالتعويض فدفع المدعى عليه بأن طلبه مبالغ فيه دون أن يدلي بشيء عن الحادث فإن هذا يعد إقرار منه بصحة وقوع الحادث كما أنه لا يكفي أن تكون الواقعة هي محل نزاع بل يجب أن تكون متعلقة بالدعوى، و مقتضى هذا الشرط أن تكون الواقعة المراد إثباتها وثيقة الاتصال بالحق المدعى به و لا تكون الواقعة متعلقة بالحق المدعى به إلا إذا كانت هي مصدر هذا الحق، و هذا في الاثبات المباشر كتمسك البائع بعقد البيع للمطالبة بثمن المبيع أو أن يدعي شخص على آخر دين و يقدم سند الدين، إلا أن الإثبات لا يقع دائما بطريقة مباشرة فقد يتعرض الكثير من الأحوال

---

[1] عبد الرزاق أ د السنهوري – ا رجع السابق – ص 59-60

إثبات واقعة مباشرة فليجأ المكلف بعبء الإثبات إلى إقامة الدليل على واقعة أخرى بديلة ليست هي مصدر الحق المدعي به و لكنها وثيقة الإتصال بالواقعة الأصلية مما يترتب عليه أن تكون الواقعة الأصلية ثابتة أو قريبة الإحتمال، و هذا ما يطلق عليه بالاثبات غير المباشر، و مثالها أن يطلب المؤجر من المستأجر سداد الأجرة لشهر معين فيقدم المستأجر مخالصات شهور تلت الشهر المطالب بسداده، فإن هذه المخالصات تعتمد على الوفاء إلى أن يثبت المؤجر عكسها، و لكن يشرط في الواقعة البديلة أن يكون هناك تلازم لأن الإثبات يصبح عندها مجرد عبث إذا لم يوجد هذا التلازم.[1]

<u>ثالثا:</u> أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى.

و يشترط فضلا عما سبق بيانه أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى بأن تكون من شأنها أن تسهم في تكوين عقيدة القاضي في الاقتناع بحقيقة النزاع المعروض.

ومنه فإنه لا يكفي أن تكون الواقعة متعلقة بموضوع الدعوى بل يجب أن يكون إثباتها متعلقا بموضوعها، و يجب أيضا أن تكون منتجة في الدعوى بمعنى أن يكون لها أثر في تغيير و التأثير على الفصل فيها بأن تكون حاسمة في إسناد الحق إلى المدعي أو عدم إسناده له. أما إذا كان يستوي في نظر القانون ثبوتها أو عدم ثبوتها فهي لا تكون منتجة في الإثبات حتى ولو كانت متصلة بالدعوى وذلك كمن يدعي ملكية عقار استنادا إلى وضع يده عليه مدة ثلاثة عشر سنة فهذه واقعة متصلة بالدعوى ولكنها غير منتجة في الإثبات، نظرا لأن القانون يشترط مرور خمسة عشر سنة لاعتباره سببا من أسباب كسب الملكية.

أو كمن يطالب آخر بسداد دين حل موعده فيدفع الخصم المدين بعدم التزامه بالسداد أخذا بالمقاصة على اعتبار أنه له في ذمة الدائن سابقا مبلغ من المال ولكن الأجل لم يحل بعد بهدم واقعة متصلة بالدعوى و لكنها غير منتجة فيها لأنه يشترط فيها أن يكون الدينين حاليين الأداء ومن ثم فإنه يستوي في نظر القانون إثبات مثل هذه الوقائع أو عدم إثباتها لأن هذا الإثبات لا يؤثر في وجه الحكم في الدعوى.

---

[1] اضرات الاثبات ألقاها الأستاذ ملزي عبد الر ن على الطلبة القضاة دفعة 13- ا وسم الدراسي 2003-2004

ومنه يتضح مدى التلازم والترابط بين شرطي التعلق والإنتاج ذلك أن كل واقعة متعلقة بالدعوى لابد أن تكون متصلة بها و العكس غير صحيح بمعنى أن كل واقعة متعلقة بالدعوى لا يعني أنها منتجة فيها.

<u>رابعا</u>: أن تكون الواقعة جائزة الإثبات

يقصد بهذا الشرط أنه لا يوجد في القانون ما يمنع من إثبات الواقعة فالأصل في الواقعة القانونية جواز الإثبات، ما دام قد توافر لها الشروط السابقة، إلا أن المشرع قد يخرج عن هذا الأصل لاعتبارات معينة فيمنع الخصم من إثبات هذه الوقائع و هذا المنع قد يكون لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، والآداب العامة أو لأن الإثبات يتعارض مع سبب من الأسباب التي تقتضيها الصياغة الفنية للإثبات.

و من الأمثلة: عدم السماح للدائن أن يثبت أن المدين اقترض منه مبلغا معينا بفائدة، لكن هذا غير مسموح به قانونا لأن هذا يخالف النظام العام أوعند عدم السماح لمن يطالب بفوائد ناجمة عن قمار، و كذلك لا يجوز إثبات عكس القرائن القانونية القاطعة مثل: الخطأ المفترض في جانب حارس الشيء أو الحيوان، فلا يقبل من الحارس إقامة الدليل على عدم ارتكابه خطأ و ذلك لأن القانون يقيم مسؤوليته على خطأ مفترض فرضا لا يقبل إثبات العكس[1]. والتحقق من كون الواقعة جائزة الإثبات أم لا يعد من مسائل القانون التي يخضع القاضي فيها لرقابة المحكمة العليا، لأن القانون هو الذي يحدد الوقائع التي لا يجوز إثباتها، ودور القاضي في ذلك محدود و هذا بخلاف سائر الشروط السابقة.

---

[1] عبد الرزاق أ د السنهوري –ا رجع السابق –ص64

الفصل الأول: دور القاضي في توزيع عبء الإثبات:

الاتجاه الحديث في أغلب التشريعات يسير نحو توسيع سلطة و دور القاضي في تسيير الدعوة و الكشف عن الحقيقة. فلم يعد القاضي بمثابة مشاهد صامت للمنازعة القضائية ليس له إلا الحكم فيها. فللقاضي مركزا ايجابيا في تسيير الدعوة وفي تصحيح شكلها وبشطب الدعوة عند تخلف الخصوم عن الحضور. وله من تلقاء نفسه أن يأمر بإدخال من يرى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة هذا من ناحية الإجراءات. أما من ناحية إثبات الدعوة فدوره يقتصر على تلقي الأدلة كما يقدمها الخصوم. ثم يتول تقديرها مراعيا في ذلك ما قد يحدده المشرع من قيم و يصدر حكمه بناءا على ذلك، مع إسناده بعض المهام لكي لا يقف مكتوف اليدين ينظر إلى الخصوم و هم يسيرون الدعوى كما يشاءون، ولهذا كان الاتجاه إلى إعطاء القاضي دورا إيجابيا في الإثبات، بحيث يقوم القاضي بدور هام في تخفيف عبء الإثبات الذي يثقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر و يبرز هذا الدور خاصة في القرائن واليمين. وقبل توضيح هذين العنصرين نتطرق إلى تحديد طبيعة دور القاضي في توزيع عبء الإثبات ومناقشة حدود الدور المنوط به.[1]

---

[1] هناك من التشريعات من أخذت بنظام الإثبات ا ر وهي الشرائع ا رمانية (أ انيا وسويسرا). والشرائع الأ لموسكسونية (إ لترا و القانون الأمريكي) و يقوم هذا الا اه على عدم ديد طرق معينة للإثبات تقيد عمل القاضي بالإضافة إ منحه ا رية الكاملة تكوين عقيدته. و ا قابل هناك من التشريعات من أخذت بنظام الإثبات ا ختلط وهي القوان اللاتينية (فرنسا) و القانون الإيطا والبلجيكي ومعظم التشريعات العربية (و منها ا زائر) وفيها يقوم ا شرع بفرض بعض القيود على القاضي إثبات بعض ا سائل بينما يترك له ا رية إثبات بعضها الآخر. أما نظام الإثبات ا قيد فدور القاضي سل (أنظر أحكام و قواعد عبء الإثبات ص 77،75)

المبحث الأول: طبيعة دور القاضي في توزيع عبء الإثبات

من المسلم به بداهة أن القاضي لا يجوز له التحيز لطرف ما و هذا مفروض عليه بداهة بحكم وظيفته. بحيث أن يكون لا يحتاج في ذلك إلى نص, لأن الفضيلة الأولى للقاضي هي أن يكون حكمه دون تحييز, وأن يتقبل الحجج التي يقدمها أطراف المنازعة طبقا لقواعد الإثبات التي حددها القانون.

ويقتصر دور القاضي على تلقي الأدلة كما يقدمها الخصوم, ثم يتولى تقديرها مراعيا في ذلك ما قد يحدده المشرع من القيم, ويصدر حكمه بناءا على ذلك, على أساس أن الإثبات حق للخصوم و واجبهم في حدود القانون.

ولهذا نجد أن القاضي في ظل القانون الجزائري يقتصر دوره على تلقي الطلبات و الدفوع التي يقدمها الخصوم في الإثبات, ثم يقوم بتقديرها وفقا للقيمة التي حددها له القانون, فلا يستطيع أن يجمع أو يساهم في جمع الأدلة بنفسه, كما لا يستطيع أن يستند إلى أدلة استنبطها بنفسه خارج الجلسة, و لا يجوز له أيضا أن يأخذ بأدلة قامت في قضية أخرى.

فليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي, وهذا هو الموقف السلبي في تسييره للدعوى كما أنه لا يقف مكتوف الأيدي و يدع الخصومة يحركها الأطراف كما يشاءون, وإنما له شيء من الحرية في تحريك الدعوى و توجيه الخصوم, حتى لا يترك كشف الحقيقة رهينا بمبارزة الخصوم وحدهم. وهذا هو الموقف الإيجابي للقاضي في تسيير الدعوى. ولهذا فإننا سنتناول هذا الأساس في مطلبين. [1]

<u>المطلب الأول</u>: الدور السلبي للقاضي:

---

[1] د/ مود عبد الرحيم الديب - أسس الإثبات ا د القانون ا صري والفقه الإسلامي- ص 26، 27، 28

إن الدعوى المدنية كقاعدة عامة هي ملك لأطرافها لهم الحق في تسييرها وتوجيهها ولا يزال أمر إثباتها من حق الخصوم وواجبهم في حدود القانون, فهم الذين يقومون بالطلبات والدفوع وهم الذين يقدمون وسائل الإثبات التي يحددها القانون, وعلى القاضي أن يلتزم بطلبات الخصوم, وعليه فإن القاضي لا يمكنه أن يستخدم معلوماته الشخصية عن موضوع النزاع سواء تكون له هذا العلم في الجلسة التي ينظر فيها هذا النزاع أو خارجها, وليس له كذلك أن يستحدث دليلا غير صادر من الخصوم في الدعوى.

أولا: عدم إمكانية القاضي تغيير موضوع الطلب:

من المبادئ الأساسية أن القاضي لا يباشر وظيفته إلا بناء على طلب, فلو علم القاضي بوجود نزاع بين شخصين, فإنه لا يستطيع أن ينظر هذا النزاع دون طلب من أحدهما فالقاضي لا يعمل من تلقاء نفسه, إذ لو بدأ القاضي الخصومة دون طلب لأصبح مدعيا وحاكما في نفس الوقت وبالتالي يعتبر منحازا ضد المدعى عليه, وخروج القاضي المدني عن حياده يجعل حكمه قابلا للنقض.

ويسري مبدأ الطلب ليس فقط لبدأ الخصومة أو مرحلة منها كمرحلة الطعن, بل أيضا لاستمرارها, ولهذا فإنه إذا تنازل المدعي عن طلبه, امتنع على القاضي نظر القضية, هذا ليس للقاضي أن يتجاوز حكمه حدود الطلب أو أن يحكم بغير ما طلبه الخصوم.

ويعرف موضوع الطلب بأنه النتيجة الاجتماعية أو الاقتصادية التي يهدف إليها الطالب في دعواه. كالمبلغ المطالب في دعاوى المسؤولية المدنية فالطالب غير ملزم بإعطاء موضوع طلبه الوصف القانوني الصحيح لأن القاضي هو صاحب الهيمنة على التكييف الصحيح لموضوع الطلب, وذلك لأن التكييف مسألة قانون مما يدخل في صميم مهمة القاضي.

وعلى هذا فإن القاضي في حدود ما يستخلصه من الوقائع الصحيحة التي يدلي بها الخصوم عن موضوع طلباتهم وسببها يعالج الدعوى على أساس سببها القانوني الذي ترشح له هذه الوقائع و لا جناح عليه إن خالف تكييف الخصوم الخاطئ له. فإن مثل هذا

التكييف لا يقيد القاضي الذي يلتزم بحكم وظيفته بإعطائها الوصف والتكييف السليم. وعلى هذا الأساس يصل لمعرفة السبب القانوني الصحيح فإنه يحكم في موضوع طلبات الخصوم على أساس هذا السبب ولو كان هذ السبب مخالفا للسبب الذي ساقوه خطأ لإسناد دعواهم.

وبذلك يتضح لنا أن قاعدة منع القاضي من تغيير موضوع الطلب لا تشكل قيدا على سلطته في تطبيق القانون, فالمحظور على القاضي هو تغيير مجموع الوقائع التي تمسك بها الطالب و المكونة لموضوع طلبه لا التكييف القانوني لهذه الوقائع.

ولكن ما هو موقف القاضي إذا لم يحدد الخصوم في لوائحهم موضوع طلباتهم تحديدا دقيقا؟

لا شك أن من واجب القضاة في هذه الحالة أن يقوموا بهذه التحديد أعمالا لسلطتهم في تفسير مستندات الدعوى.

ونجد القضاء الفرنسي استخدم فكرة الطلب الافتراضي أو الضمني للوصول إلى هذه النتيجة فالطلب الافتراضي هو الطلب الذي لم يطلبه الخصوم صراحة ولكن يفهم ضمنا من مجموع الوقائع التي أوردوها في مذكراتهم. وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها الحديثة إلى تعليق حق القاضي في الأخذ بفكرة الطلب الافتراضي أو الضمني على شرط أن يكون الخصوم قد سبق لهم أن ناقشوا هذا الطلب أمام المحكمة. [1]

<u>ثانيا</u>: الاستعانة في إثبات الواقعة بشهرتها العامة دون العلم الشخصي:

الإثبات يجب أن ينصب على الواقعة القانونية التي يراد تطبيق القانون عليها ويجب أن يتم ذلك بالاستناد إلى أدلة الإثبات التي حددها القانون, والتي يجب تقديمها من قبل الخصوم, لذا لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي المتحصل خارج قاعة المحكمة في وقائع النزاع, سواء كان هذا المنع راجعا إلى كون الوقائع هي مجال الخصوم ولا يصح للقاضي أن يثير واقعة لم يتمسك بها هؤلاء ولم يقدموا الدليل على صحتها, أو استند

---

[1] آدم وهيب النداوي - دور ا اكم ا د الإثبات - ص 198-199-200-201.

على القاعدة التي توجب احترام حقوق الدفاع والتي تستلزم ألا يأخذ القاضي إلا بالوقائع التي أظهرها الخصوم في المناقشات المتبادلة بينهم, أو لأن هذا المنع يمثل الحد الأدنى لمبدأ حياد القاضي.

ولكن هل يتعين إثبات هذه الواقعة حتى ولو كانت معروفة بالشهرة العامة؟

ذهب البعض إلى أن الواقعة التي تشكل موضوع النزاع والتي يستند إليها القاضي كأساس لحكمه يجب أن تكون محلا للإثبات بالطرق القانونية, لأن القانون في مواد الإثبات يقتضي صحة الواقعة لا شهرتها.

ثم إن الشهرة العامة ليست من بين طرق الإثبات التي نص عليها القانون. إن الشهرة لا تغني عن الحقيقة. فإذا كانت الواقعة مشهورة ولكنها غير ثابتة فلا تكون الشهرة جدية ويجب أن لا يعتد بها.

إلا أن الدكتور " حجازي" يرى أنه لا تجب المبالغة في هذا الصدد إلى حد إلزام المتقاضين بإثبات الواقعة التي تكون من الشهرة بحيث لا تحتمل الجدل فالحوادث التاريخية لا يلزم إثباتها بشهود أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات[1]، ويجب أن يعتبر القاضي مثل هذه الوقائع ثابتة على أساس الشهرة رغم أن خصم من يتمسك بها تكون مصلحته في أن ينكرها وخاصة إذا كانت الواقعة المشهورة معروفة عند الناس كافة فلا يمكن أن تكون غير معروفة عند القاضي.

أما الأستاذ " باتيفول" فيذهب إلى أنه يجوز للقاضي القضاء بعلمه الشخصي عن الوقائع العامة طالما كانت مشهورة أو كان العلم بها ميسورا بالكافة[2]

والحل الواجب الإتباع في هذا الصدد بإمكان التفرقة في هذا النطاق بين حالتين:

الحالة الأولى عندما تشكل الواقعة العامة أو المشهورة موضوع النزاع التي تحتجزها القاضي كأساس لحكمه ففي هذه الحالة يجب أن تكون محلا للإثبات, بغض النظر عن صفتها العامة أو الخاصة, بحيث لا يمكن للقاضي الحكم بعلمه الشخصي بالاستناد إلى شهرتها.

---

[1] آدم وهيب النداوي - نفس ا رجع السابق- ص 205
[2] آدم وهيب النداوي - نفس ا رجع السابق- ص 205

أما الحالة الثانية بالنسبة للواقعة العامة أو المشهورة التي لا تشكل موضوع النزاع ذاته والتي لم يحتجزها القاضي كأساس لحكمه, وإنما استخدمها فقط لتقدير وقائع النزاع التي يرتب عليها القانون أحكامه, فيجوز للقاضي أن يتصدى بعلمه الشخصي في شأنها بصفتها من قواعد الخبرة العامة.

ومن هنا يتضح لنا أن الوقائع المشهورة تخضع للإثبات إذا كانت محلا للنزاع وتكون أساس حكم القاضي, بينما يمكن للقاضي أن يتصدى بعلمه الشخصي بشأنها إذا كانت صفة تدخلها في الدعوى تنحصر في كونها من عناصر تقدير وقائع النزاع التي يرتب عليها القانون أحكامه. وهذا ما يذهب إليه الدكتور السنهوري حيث يقول: "ولكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضي في قضائه بما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصا به مقصورا عليه, كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة".

ويبدو أن هذه الحالة هي التي جعلت الفقهاء المسلمين يختلفون في جواز الحكم بمقتضى علم القاضي أو عدم الجواز، وهو ما سوف نعرض له في الفقه الإسلامي.

إن الفقه الإسلامي يتوسع في تفسير طرق الإثبات بهدف الوصول إلى الحقيقة الواقعية كلما أمكن، وللوهلة الأولى يبدو أن هذا التوسع إنما يوحي بجواز الحكم بعلم القاضي الشخصي, ولكن الحقيقة أن أهل العلم اختلفوا في المسألة بين من يمنع من ذلك ومن يجيز. فأكثر أهل العلم ذهبوا إلى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي, فقد روى البخاري عن عبد الرحمن بن عوف عن أبي بكر قوله:" لو رأيت رجلا على حد من حدود ا ما أخذته, ولا دعوت له حتى يكون معي غيره".

كما روى البخاري عن عبد الرحمن بن عوف أيضا أن عمر بن الخطاب قال: "لولا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب ا لكتبت آية الرجم بيدي".

و استدل القائلون بذلك بحديث جابر أنه قال: "أتى رجل إلى النبي صلى ا عليه وسلم وأمامه ثوب بلال به فضة, وكان يقبض منها يعطي الناس, فقال يا محمد أعدل, فقال صلى ا عليه وسلم:ويلك ومن يعدل إذا لم أعدل, لقد خبت وخسرت أن لم أكن أعدل, فقال عمر: دعني يا رسول ا أقتل هذا المنافق فقال صلى ا عليه وسلم: معاذ ا ، أن

يتحدث الناس أني أقتل أصحابي، إن هذا و أصحابه يقرؤون القرآن لا يجوز حناجرهم، يمرقون منه كما يمرق السهم من الرمية". رواه أحمد و مسلم.

و وجه استدلالهم بهذا الحديث على عدم جواز حكم القاضي بعلمه، أن *النبي صلى ا عليه وسلم جعل العلة في عدم قتل هذا الرجل، الخوف من حدوث الفتنة، و كلام الناس أن محمدا يقتل أصحابه. في الوقت الذي يعلم بحقيقة هذا الرجل وأنه من المنافقين.

و قال أهل الحجاز الحاكم لا يقضي بعلمه، سواء علم بذلك في ولايته أو قبلها، قال الكرابيسي: لا يقضي القاضي بما علم لوجود التهمة. و يلزم من الجواز فتح هذا الباب على مصراعيه ليحكم كل قاضي بما يجب مدعيا علمه بذلك.و من ثم قال الشافعي:لولا قضاة السوء لقلت أن للحاكم أن يحكم بعلمه، قال البخاري:و هذا قول مالك و أكثر أصحابه.

قال القاسم: لا ينبغي للحاكم أن يمضي قضاء بعلمه دون علم غيره مع أن علمه أكثر من شهادة غيره، و لكن فيه تعرضا لتهمة نفسه عند المسلمين إيقاعا لهم في الظنون، و لهذا ما أجاز أبو بكر و عمر الحكم بمقتضى علمهما.

و عن أبي حنيفة قوله:"القياس أنه يحكم في ذلك بعلمه، و لكن أدع القياس و استحسن أن لا يقضي في ذلك بعلمه، و حكى مثل ذلك في فتح عن بعض المالكية، فقالوا: أنه يقضى بعلمه في كل شيء إلا في الحدود. قال:و هذا هو الراجح عند الشافعية.

و استدل القائلون بالجواز بحديث هند زوجة أبي سفيان لما أذن لها النبي (ص) أن تأخذ من ماله ما يكفيها و ولدها بالمعروف.

قال بن بطال:" احتج من أجاز للقاضي أن يحكم بعلمه بهذا الحديث، لأنه إنما قضى لها و لولدها بوجوب النفقة لعلمه بأنها زوجة أبي سفيان، و لم يلتمس على ذلك بينة.

و خلاصة القول في هذه المسألة في الفقه الإسلامي أن هناك رأيين:

أحدهما يمنع القاضي من الحكم بعلمه، والآخر يجيز له ذلك متى كان مؤتمنا، و جوهر الخلاف مرده إنما هو محاولة التقريب بين الحقيقة الشرعية و الحقيقة الواقعية و الرأي الراجح هو الرأي الأول القائل بعدم الجواز لانتفاء التهمة عن القاضي مما يحقق له ضمانة الحكم بفكر ثاقب و رأي سديد. و قد تقرر أنه في الحالة التي لا يعلم فيها الحقيقة

إلا القاضي فإنه يجوز له أن يقضي بعلمه في هذه الحالة لأن المنع حينئذ قد يضيع الحقوق، و يؤدي إلى مفاسد وخيمة[1]

المطلب الثاني: الدور الإيجابي للقاضي:

الاتجاه السائد في التشريعات التي تأخذ بنظام الإثبات المختلط هو الحرص على تحقيق مزيد من إيجابية القاضي و فاعليته بتزويده بمزيد من حرية الحركة في هذه المرحلة الهامة من مراحل الدعوى، لسرعة الفصل فيها تجنبا لعدالة بطيئة، وحتى لا يترك كشف حقيقة رهينا بمبارزة الخصوم وحدهم، والحرص على استقرار الحقوق وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد وتوفيرا للوقت و اقتصادا في النفقات.

وكما يقول الأستاذ ليجيه :" إن القاضي بتدخله المباشر في توجيه الدعوى يساعد كثيرا على إيضاح موضوعها و المناقشات الجارية فيها، وعلى سيرها المنتظم وله ألا يتقيد بقواعد معينة بهذا الشأن[2].

إذا كانت القاعدة التقليدية التي مازال أثرها واضحا فقها وقضاءا أن حقوق الخصوم هي ملك لهم، وأن الطلبات القضائية هي طلباتهم، ومن ثم تجري الدعوى على مشيئتهم إلا أنه مع ذلك القانون ليس ملكا لهم فالقاضي لم يعد بمثابة مشاهد صامت للمنازعة القضائية ليس له فيها إلا الحكم فيها.إن القاعدة الأساسية التي تمتد شعابها إلى قواعد الإثبات وإجراءاتها هي أن للقاضي مركزا إيجابي[3].

ولا يخفى على أحد أن فقهاء المسلمين يرون أن للقاضي في سبيل الوصول إلى الحقيقة أن يبحث عنها بكل الطرق دون أن توجه له تهمة أو يسيطر عليه نزوة، مادام وصوله إليها سائغا شرعا، ولو كان ذلك بمقتضى علمه الشخصي الذي هو الحد الأدنى لمبدأ حياد القاضي و الذي لم يقل به من فقهاء القانون[4].

---

[1] د/ مود عبد الرحيم الديب - أسس الإثبات ا د القانون ا صري و الفقه الإسلامي - ص31-32-33-34-35
[2] آدم وهيب النداوي- ا رجع السابق - ص 209.
[3] د/ رمضان أبو السعود – ا رجع السابق – ص76-77.
[4] د/ مود عبد الرحيم الديب – ا رجع السابق – ص 38.

أولا: إمكان إكمال ما نقص من أدلة الخصوم:

إن نظام الإثبات المختلط يهدف إلى توكيد الدور الإيجابي للقاضي بمنحه مزيدا من الفاعلية في توجيه الدعوى وتحري الحقيقة، ومن مظاهر هذه الإيجابية في إدارة الخصومة وتحري وجه الحق فيها من حقه في إكمال ما نقص من أدلة الخصم عندما يرها غير كافية فللقاضي عندما يتبين له أن الخصم لم يقدم دليلا البتة أو قدم دليلا يمكن تكملته بطريقة أخرى كاليمين المتممة مثلا.

وكذلك أخذت بهذا الرأي محكمة نقض روما عندما قالت أن قاعدة براءة المدعى عليه عدم إثبات المدعى تسري عندما يكون من المؤكد عدم إثبات الواقعة، ولا تسري عندما يكون لدى المدعى مستندات و أدلة يمكن أن تكون أساسا لإقتناع القاضي و لم يعرضها المدعي ضنا منه أنها غير لازمة أو أن أدلة أخرى قدمها يمكن أن تغنى عنها.

ويرى الدكتور حجازي في هذا الإجراء أنه أجرى على المتقاضين و أكثر اتفاقا مع مبدأ الاقتصاد في رفع الدعوى، إذ أن القاضي عندما يأمر باستكمال الأدلة يعمل على ضرورة الالتجاء إلى طريق الاستئناف، إلا أن الأمر باستكمال الأدلة يجب أن يكون جوازيا لا إجباريا للقاضي يحكم به وفقا لتقديره وبالنظر لظروف و أحوال القضية[1].

وخير مثال على ذلك يتجلى فيما يخص القرائن القضائية وسلطة القاضي في استنباطها من ظروف الدعوى المعروضة عليه، فالقاضي يختار واقعة معلومة من وقائع الدعوى ويستدل بها على الواقعة المراد إثباتها. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني المادة340 "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة". وتقابلها المادة100من قانون الإثبات المصري.

وللقاضي سلطة واسعة في استخلاص القرائن القضائية وهذا ما أشارت إليه المادة 340ق م ج. ومثال على ذلك استخلاص صورية التصرف من واقعة القرابة، فإذا طعن

---

[1] آدم وهيب النداوي / ا رجع السابق ص 211-212

الدائن في صورية تصرف صدرمن مدينه فإنه قد يستند في تأييد ما يدعيه إلى أن هناك علاقة قرابة بين المتصرف و المتصرف إليه. فإذا ثبتت هذه العلاقة جاز للقاضي أن يستنبط منها قرينة على صورية التصرف.

و للقاضي سلطة واسعة أيضا في أن يستنبط القرائن من أي مصدر يراه، فللقاضي أن يستنبط القرينة التي يعتمد عليها من أوراق الدعوى، و إذا أحال الدعوى إلى التحقيق أن يعتمد على أية قرينة تطرح أمامه، و له أن يستنبط القرينة من أقوال الشهود أو من تقرير الخبير.و سنأتي إلى تفصيل ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل[1]

كما أن للقاضي دور إيجابي واسع فيما يخص اليمين المتممة و يوجهها القاضي لأي من الخصمين، وفق ما يتبينه، حسب تقديره لظروف الدعوى وملابساتها و أدلتها،و لا يلزم بتسبيب اختياره للخصم الذي يوجه إليه هذه اليمين،لأنه مجرد توجيهها إليه يكشف على أنه صاحب الأدلة الراجحة في تقديره،أو أنه هو المدعى عليه في الطلب القضائي الموجه إليه، و قد يكون مدعيا إذا كان هذا الطلب عارضا و موجها من المدعى عليه. و الأصل هو براءة ذمته.أو أنه هو الأجدر بالثقة فيه دون خصمه. و اليمين المتممة هي واقعة مادية يلجأ إليها القاضي لاستكمال أدلة الدعوى، أو توكيدا لأدلة أحد خصومها، إذا كان ادعاؤه قريب الاحتمال و بالتالي فهي ليست كاليمين الحاسمة، و سنأتي لإلى تفصيل ذلك في المبحث الثالث من هذا الفصل[2].

<u>ثانيا:</u> اتخاذ ما يلزم من إجراءات ألإثبات

إن القاضي في إطار الوقائع التي يدلي بها الخصوم مكلف باستخلاص الصحيح منها ملتزما في ذلك قواعد الإثبات القانونية، و كون القاضي ملزما باستخلاص الوقائع الصحيحة في الدعوى أوجب أن يكون له من تلقاء نفسه أن يحكم باتخاذ ما يراه من إجراءات الإثبات في حدود المقبول منها قانونا. وأن مهمة القاضي أن يبذل أقصى ما يمكن من جهد في هذا الصدد للتوصل إلى كشف الواقع،و إلا كان حكمه واجب النقض.

---

[1] د/ مد حسن قاسم .الإثبات ا واد ا دنية و التجارية ص 246-247-248 .

[2] د/ أ د أبو الوفا الإثبات ا واد ا دنية و التجارية 234 .

و من مظاهر إيجابية دور القاضي في الإثبات في هذا الصدد ما يتعلق بالبث في طلب إلزام الخصم بتقديم المستندات الموجودة تحت يده.إذ أن الأصل أن لا يكلف شخص بتقديم دليل ضد نفسه، وأن على كل خصم أن يستجمع بنفسه و بمجهوده أدلته الخاصة،و لا يستلزم من الغير إمداده بها أو تقديمها.

أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من هذا الموضوع- إلزام الخصم بتقديم المستند- فنجد في المذهب المالكي فتاوى و أقضية سبق فيها الفقه الإسلامي الفقه الوضعي في تقرير حق الخصم في إلزام خصمه بتقديم وثيقة أو أي رسم آخر بيده له فيه حق. فقد صرح بحق الخصم في ذلك أبو عبد ا التاودي في شرحه أرجوزه ابن عاصم، فجاء فيه:" سأل ابن أبي زيد عن المتخاصمين طلب أحدهما من صاحبه أن يوقفه على وثيقة بيده له فيها حق" فأجاب إذا حضر الخصم وجب إخراج الوثيقة للطالب للنظر فيها و ليس له الامتناع و هي من حق الطالب،و لكن هناك قضاة من المذهب المالكي ذهبوا إلى عكس ذلك فقد أفتى القاضي أبو عبد ا بن سودة و الشيخ أبو محمد عبد القادر الفاسي بأن الخصم لا يلزمه إعطاء موجباته التي بيده لخصمه.

و من أمثلة الإجراءات الأخرى التي يمكن للقاضي اتخاذها لإظهار الحقيقة و لمصلحة العدالة ما نصت عليه المادة 58 من قانون الإجراءات المدنية" يجوز للقاضي أثناء إجرائه للمعاينة أن يسمع شهادة أي شاهد يرى لزوما لسماع أقواله أو يطلب الخصوم سماعه،و له اتخاذ الإجراءات التي يراها لازمة بحضور الشهود إن وجد ضرورة لذلك."

و كذلك ما نصت المادة 118 من قانون المرافعات المصري" للمحكمة و لو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة."

فيرى الأستاذ "موريل" مظهر من مظاهر إيجابية القاضي في أداء العدالة و يحقق اختصام الغير فض نزاعين أو أكثر في قضية واحدة، أو على الأقل جعل الحكم الصادر حجة على المختصم فيمتنع عليه الاحتجاج به[1]

[1] آدم وهيب الندوي – ا رجع السابق ص 213-214-215-225.

كما تنص المادة 43 قانون الإجراءات المدنية " يجوز للقاضي بناء على طلب الأطراف أو من طلب أحدهم أو من تلقاء نفسه، أن يأمر قبل الفصل في الموضوع أو بموجب أمر شفوي بحضور أحد الأطراف شخصيا أو بإجراء تحقيق أو تقديم وثيقة، و بموجب أمر كتابي بإجراء الخبرة أو التحقيق في الكتابة أو بأي إجراء آخر من إجراءات التحقيق..."

وتنص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية" يعين القاضي الخبير إما من تلقاء نفسه أو بناء على اتفاق الخصوم".

في حين تنص المادة 56 من قانون الإجراءات المدنية" في الحالات التي يأمر فيها القاضي، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، بالانتقال إلى المعاينة يحدد يوم وساعة انتقاله ويرسل إخطار للخصوم بدعوتهم لحضور المعاينة".

وتنص المادة 71 من قانون الإجراءات المدنية" يدلي الشاهد بشهادته دون الاستعانة بأية مذكرة وللقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم أو أحدهم أن يوجه إلى الشاهد جميع الأسئلة اللازمة".

وللقاضي دور إيجابي وفعال في حل المنازعات الإدارية، لأن الإثبات في هاته المنازعات يتم عن طريق التحقيق في الدعوى، وبواسطته، يكون للقاضي الإداري اقتناع في إيجاد الحل المناسب في النزاع.

بالنسبة للدعاوى المدنية، فإقامة الدليل هي قائمة على مبدأ حياد القاضي، لكنه في المنازعات الإدارية، القاضي الإداري له دور في التعامل مع إجراءات التحقيق، وبالتالي في إقامة الدليل، على أن الإجراءات التي تقوم عليها المنازعات الإدارية، هي من الناحية العملية المحضة ذات الصفة التحقيقية، على أن هناك تفاوت في المركز بين الأطراف في النزاع. على أن الإدارة ككل، هي في الغالب طرف في الدعوى، وهي التي يكون بحوزتها وسائل الإثبات. وان الطرف الآخر هو في حاجة إليها، وهو في موقف ضعيف، ولذا يتعين تدخل القاضي الإداري لاسترجاع التوازن بين الطرفين في النزاع.

وإن القاضي الإداري هو صاحب المبادرة في إقامة الدليل، وهو لا يخضع لإدارة الخصوم وله أن يأمر أو يقوم بأي إجراء، من تلقاء نفسه. وهذا نظر للصفة التحقيقية للإجراءات أمام القضاء الإداري.

إن السلطات المخولة للقاضي الإداري قد تحد من تطبيق القاعدة التي تقر بالبينة على من أدعى، و التي تكلف المدعى بإقامة الدليل على ما يدعيه.

فمثلا بالمنازعات المتعلقة بتجاوز السلطة، فالخصم لم تكن له علاقة أو معاملة مع الإدارة، قبل إصدار القرار الإداري المطعون فيه، ولذا قد يصعب عليه تقديم الدليل، وهذا لا يكون ممكنا إلا عن طريق تدخل القاضي.

وان القانون لم ينص على وسائل الإثبات التي يعتمد عليها القاضي الإداري فالمشرع الجزائري أحال على إجراءات التحقيق، بما في ذلك وسائل الإثبات، بمقتضى المادة 171 من القانون الإجراءات المدنية أمام الغرف الإدارية بالمجالس القضائية. والمادة 283 من نفس القانون، وهذا أمام مجلس الدولة[1].

المبحث الثاني: دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات بموجب القرائن:

[1] د/الغوثي بن ملحة - قواعد و طرق الإثبات و مباشر ا النظام القانو ا زائر- ص 117-118-119-120

_ القرينة هي ما يستخلصه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول فهي دليل غير مباشر لا ينصب الإثبات فيها مباشرة على الواقعة محل التداعي و إنما أخرى بديلة يكون من شأن ثبوتها أن يجعل قيام الواقعة الأصلية أو نفيها أمرا محتملا بحكم اللزوم العقلي، و القرائن نوعان قانونية و قضائية[1]

_ تعرف الشريعة الإسلامية القرائن بأنها:" الأمارة التي نص عليها الشارع أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهادهم أو استنتجها القاضي من الحادثة و ظروفها و ما يكتنفها من أحوال[2].

_ الأصل أن يقوم المدعي بإثبات كافة العناصر و الشروط التي يجب توافرها لوجود الحق المدعى به، ولكن لأن ذلك يعد تكليفا بما لا يستطاع فإنه يكتفي منه بإثبات ما يجعل وجود هذا الحق مرجحا في جانبه، فمثلا: لو ادعى شخص أنه أقرض آخر مبلغ من المال فإنه مكلف بإثبات عقد القرض الذي ادعى وجوده، وهو مكلف- بحسب الأصل أيضا- بإثبات أن هذا العقد خال من جميع أسباب البطلان بان يثبت بان العقد توفرت فيه كافة الشروط المتعلقة بالتراضي و المحل و السبب وذلك بتوفر أهلية المتعاقدين، وخلو الإرادة من العيوب كالغلط و الإكراه و التدليس وإثبات مشروعية المحل و السبب، ثم بعد ذلك يثبت أن الدين لم ينقض بأي سبب من الأسباب الوفاء كالمقاصة و الإبراء و الوفاء و يقوم بعد ذلك بإثبات أن العقد لم يلحقه أي تعديل بعد انعقاده...الخ. ولكن لا شك أنه لو كلّف المدعي بإثبات حقه على هذا النحو لعد ذلك ضربا من ضروب المستحيل، و من ثم اقتضت الضرورة أن يكتفي منه بأن يثبت ما يرجح وجود الحق في جانبه، ففي هذا المثال يكتفي منه بإثبات وجود عقد القرض، فإذا استطاع إثباته أفترض انه خال من أسباب البطلان، فإذا دفع المدين بأن العقد قد لحقه سبب منها فعليه هو يقع عبئ إثبات ذلك. هذا التوزيع لا بد منه حتى يتسنى للمدعي إثبات ما ادعاه، و الباعث على إقرار هذا التوزيع هو التخفيف من تحمل تبعة هذا العبء.

---

[1] نبيل ابراهيم سعد و ام مد مود زهران- أصول الإثبات ا واد التجارية و ا دنية - ص 341

[2] مد فتح ا النشار – ا رجع السابق - ص 175

_ للقاضي دور أساسي في تحقيق هذا التوزيع مستعينا في ذلك بأساليب بعضها من القانون أو الشرع و تسمى القرائن القانونية أو الشرعية و البعض الآخر أساليب يستنبطها بحكم الواقع أي من ظروف الدعوى و هي القرائن القضائية.

المطلب الأول: دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن القانونية:

_ في الفقه القانوني هي بمثابة القرائن التي نص عليها القانون ولم يترك للقاضي أمر تقديرها فهي تعفي الخصم الذي يلجأ إليها من الإثبات و هي قابلة في أصلها لإثبات عكسها ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك (المادة 337 من القانون المدني).

_ في الفقه الإسلامي تسمى بالقرينة الشرعية و هي التي نص عليها الشارع الحكيم أو التي استنبطت من إجتهادات الفقهاء حتى صارت أمرا ثابتا يفتي به المفتون.

_ تقسم القرائن القانونية و الشرعية على حد سواء إلى قرائن قاطعة و قرائن قابلة لإثبات العكس و نتعرض لها فيما يلي:

أولا: بالنسبة للقرائن القانونية القاطعة:

_ لقد عرف الفقه القانوني القرائن القانونية بأنها التي نص القانون على عدم جواز إثبات عكسها إلاّ في حالات خاصة كالإقرار القضائي و اليمين أو إثبات السبب الأجنبي، ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة 139من القانون المدني، في مسؤولية حارس الحيوان عن الضرر الذي يسببه للغير، فهي مسؤولية تقوم على خطأ الحارس، وهو خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، وما تنص عليه المادة 138 من القانون المدني في مسؤولية حارس الأشياء و ما تنص عليه المادة496 من نفس التقنين من مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة[1]

_أما الفقه الإسلامي فهو يعرف القرائن الشرعية القاطعة بأنها تلك التي تصل في دلالتها على الحكم إلى مرتبة القطع وهذه القرائن اعتبرها الشارع الحكيم مراعاة للمصلحة

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا: ملف رقم 30064 بتاريخ 1983/03/02 / المجلة. ق. لسنة 1987. ص 27.

العامة و بالتالي فإن القاضي ليس له أن يبحث في مدى دلالة هذه القرينة على الحكم، وهذا النوع من أنواع القرائن يعد بينة نهائية كافية للقضاء.

من صور القرائن القاطعة:

1) نصت المادة 312 من القانون المدني على التقادم بسنة واحدة بالنسبة لحقوق التجار و الصناع على الأشياء التي وردوها لأشخاص لا يتاجرون فيها، و حقوق أصحاب الفنادق و المطاعم عن أجر الإقامة و ثمن الطعام و كل ما صرفوه لحساب عملائهم و المبالغ المستحقة للعمال الأجراء الآخرون مقابل عملهم. وقد أضافت هذه المادة انه يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا. وهذا ما يدل على أن المشرع قد جعل هذا التقادم القصير قائم على قرينة قاطعة تفيد الوفاء بالحق، ومن ثم أجاز دحض هذه القرينة بالنكول عن اليمين، فيجوز من باب أولى دحضها بالإقرار.

2) نصت المادة338 من القانون المدني على أن الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة[1].

- <u>التفرقة بين القرائن القانونية القاطعة و القواعد الموضوعية:</u>

---

[1] ا شرع يفرض فرضا غ قابل للعكس أن ا كم هو عنوان ا قيقة و ذلك باعتبار أن ا كم م فصل خصومة كان لابد من الوقوف عنده لوضع حد لتجدد ا صومات و ا نازعات، فلا وز للخصم ا كوم عليه أن يعيد طرح ال اع على القضاء بدعوى مبتدأة، هذا من جهة و من جهة أخرى باعتبار أنه إذا ح القانون بتجديد ال اع بدعاوى مبتدأة از لكل من ا صم أن صل على حكم يتعارض مع ا كم الذي حصل عليه ا صم الآخر.

- حجية الأمر ا قضي ليست من النظام العام من ا سائل ا دنية سب نص ا ادة 338 من القانون ا د ال جاء فيها أنه لا وز للمحكمة أن تأخذ ذه القرينة تلقائيا.

- لا تقوم حجية الأمر ا قتضي إلا إذا توافر موعة من الشروط منها ما يتعلق با كم و منها ما يتعلق با ق ا دعى به:

(1) الشروط ا تعلقة با كم : - أن يكون حكما قضائيا – أن يكون حكما قطعيا – أن بكون التمسك با جية منطوق ا كم لا أسبابه.

(2) الشروط ا تعلقة با ق ا دعى به : - ا اد ا صوم – ا اد ا ل – ا اد السبب.

* قرار صادر عن ا كمة العليا : ملف 174.416 قرار بتاريخ 1999/02/03 م ق عدد 01 سنة 1999 ص 97 (أنظر ا لمحق)

التفرقة تدق بينهما في كثير من الأحيان لأن هناك قاسم مشترك أعظم بينهما و هو أن كلا منهما مبني على الغالب المألوف، لكن الفارق بينهما يكمن في الصياغة القانونية، ففي القاعدة الموضوعية يجعل المشرع الغالب المألوف حقيقة ثابتة لا يجوز إثبات عكسها بأي طريقة من الطرق إذ أنها لا تعد طريقا من طرق الإثبات وإنما أصبحت قاعدة موضوعية فبلوغ سن الرشد تتفاوت فيه الناس لكن الغالب المألوف أن الشخص يبلغ درجة النضج العقلي اعتبارا من سن (19) تسع عشرة سنة و ما فوق فيقوم الشارع باختبار سن معينة و يجعل بلوغ الرشد لجميع الناس عند هذه السن،هذا مثل عن القاعدة الموضوعية،و لذلك لا يجوز إثبات عكسها بأي طريق من الطرق، إذ لا تعد طريقا من طرق الإثبات، فمن يبلغ هذه السن فلا يعتبر رشيدا و لو كان عبقريا،أما القرينة القانونية القاطعة تعتبر قاعدة إثبات لا قاعدة موضوعية، لذلك يجوز إثبات عكسها أخذا بفكرة نقض الدليل بالدليل و لأنها حجة أقامها الشارع بناء على الغالب الراجح،فهي ليست إلا احتمالا قد يخطئ كما يتفق مع الحقيقية ، و من أمثلة القواعد الموضوعية التي تقوم على قرائن:حجية الأمر المقضي و التقادم و الحيازة في المنقول و مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع و غير ذلك.

-القرينة القانونية القاطعة يجوز دحضها بالإقرار و اليمين:

إذا قلنا أن القرينة القانونية القاطعة لا تقبل إثبات العكس فليس معنى ذلك أنها لا تدحض أبدا، ذلك أن عدم القابلية للدحض لا يكون إلا للقواعد الموضوعية أما القرائن القانونية القاطعة فهي قواعد إثبات و أي كانت المرتبة التي أرادها المشرع لها في القطع و الحسم فهي لا تستعص أن تدحض بالإقرار و اليمين، ذلك أن القرينة القانونية القاطعة لا تزال دليلا من أدلة الإثبات، بل هي تعدو أن تكون دليلا سلبيا إذ تقتصر على الإعفاء من الإثبات فإذا نقضها من تقررت لمصلحته بإقراره أو يمينه فقد دحضها ، و أفضل مثال على ذلك ما سبق ذكره حول تقادم بعض الحقوق بمضي سنة و المنصوص عليها في المادة 312 من القانون المدني حيث أضافت هذه المادة أنه "يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا" مما يعني أنه يتم دحض هذه القرينة القاطعة بنكول الخصم عن أداء اليمين المقرر قانونا. كذلك نضرب مثالا آخر عن

مسؤولية حارس الشيء المنصوص عليها في المادة 138 من القانون المدني و التي تقيم مسؤوليته على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس إلا بإثبات السبب الأجنبي فإذا قام المدعي بإثبات مسؤولية المدعى عليه بإثبات الضرر و العلاقة السببية بين الشيء محل الحراسة و الضرر،وقع عبء نفي هذه المسؤولية على المدعى عليه بإثباته للسبب الأجنبي، فإذا عجز عن إثبات ذلك قامت ضده قرينة قاطعة على مسؤوليته اتجاه المدعي ،و لم يمكنه دحض هذه القرينة القانونية القاطعة إلا بإقرار قضائي يصدر عن خصمه(المدعي).

و بالتالي يمكن استنتاج أنه كل ما لا يجوز دحضه باليمين أو الإقرار هو من قبيل القواعد الموضوعية و ليس القرائن القانونية القاطعة.

و قد جاء في آخر نص المادة312 من القانون المدني:" و هذه اليمين توجه تلقائيا من القاضي إلى ورثة المدين أو إلا أوصياؤهم إن كان الورثة قاصرين على أنهم لا يعلمون بوجود دين أو يعلمون بحصول الوفاء"

و من خلال هذا النص يتبين لنا أنه رغم ضيق مجال توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن القانونية القاطعة إلا أنه قد يتجلى دور القاضي في عملية التوزيع بموجب بعض هذه القرائن خاصة منها التي يمكن دحضها باليمين و الإقرار القضائي و إثبات السبب الأجنبي، حيث يتبين من المثال السابق [1]

أن القاضي يقوم بتوجيه اليمين إلى المدين أو إلى ورثته أو أوصيائهم إذا كان الورثة قاصرين رغم أن هؤلاء يملكون دليلا معفيا من الإثبات و هو القرينة القانونية القاطعة المتعلقة بالتقادم القصير المدى و هو دليل كامل لا يحتاج تكملته باليمين المتممة في الأصل لكن في هذه الحالة أراد المشرع توزيع عبء الإثبات بين الدائن الذي يقوم بإثبات وجود الدين من جهة و المدين الذي يدفع بانقضائه بمضي مدة التقادم القصير.و هذا بهدف التخفيف من عبء الإثبات الملقى على عاتق الخصمين.

---

[1] ا ادة 312 من القانون ا د .

و فيما يخص دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن الشرعية القاطعة و التي سبق شرحها و تعريفها بأنها القرائن التي جاء بها الشارع الحكيم ا عز و جل و رسوله الكريم -صلى ا عليه و سلم- و رأي الفقهاء،و هو دليل قاطع معفي من الإثبات غير قابل لإثبات العكس، لكن المستقر عليه أنه يمكن دحض هذا الدليل في بعض أحوال باليمين أو الإقرار خاصة بالنسبة لبعض القرائن الشرعية القاطعة التي أوردها الشارع الحكيم و بالنسبة لأغلبها التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية و التي نذكر بعض الأمثلة منها فيما يلي: قوله صلى ا عليه و سلم :"الولد للفراش و للعاهر الحجر" هذه قرينة شرعية قاطعة على ثبوت نسب الولد بمجرد ثبوت البناء (الدخول) بين الزوجين، فما على الزوجة إلا أن تثبت ذلك،فلا يمكن للزوج إثبات عكس هذه القرينة ،لكن في إمكانه دحضها بوسيلة اللعان المنصوص عليها شرعا و هي حلفه لليمين أن لعنة ا عليه إن كان من الكاذبين أن الولد ليس من صلبه [1] و بالتالي تستنتج دور القاضي في هذه المسألة و المتمثل في توزيع عبء إثبات واقعة نسب الولد بين الزوجين الخصمين بموجب القرينة الشرعية القاطعة السابق ذكرها و ذلك بتوجيه اليمين إلى الزوج،فإذا حلف هذا الأخير تنقل اليمين إلى الزوجة

ثانيا: بالنسبة للقرائن القانونية غير القاطعة (البسيطة):

-عرف الفقه القانوني القرائن القانونية غير القاطعة(البسيطة) بأنها تلك التي تجعل جانب أحد المتداعيين أقوى من الآخر، فهي تعفي الشخص الذي شهدت له من الإثبات، و تغنيه عن أي طريق آخر للإثبات و لكن يحق للخصم إثبات عكسها.

-في الفقه الإسلامي، سواء كانت قرائن شرعية بنص شرعي أو ثابتة بنص فقهي، تعتبر حكما شرعيا يلتزم القاضي بتطبيقه، فيطبق النصوص الشرعية أولا، ثم يقضي بنصوص مذهبه ثانيا ما لم يكن مجتهدا، و القرائن الشرعية غير القاطعة هي تلك التي استنبطها الفقهاء باجتهادهم و اعتبرها الشارع، و لكنه جعل الباب مفتوحا أمام من شهدت عليه لإثبات عكسها.

---

[1] د/ مد الزحيلي - وسائل الإثبات الشريعة الإسلامية ا عاملات ا دنية و الأحوال الشخصية - ص 517

-من أمثلة القرائن القانونية غير القاطعة:

1. المادة 61 من القانون المدني:"ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على العكس ذلك "فقد راعى المشرع أن الذي يحدث عادة هو أن يعلم الشخص بما يصل إليه وقت وصوله، فأقام هذه القرينة حتى يخفف عن موجه التعبير عبء إثبات العلم و هو أمر يتعذر إثباته. و يجوز لمن وجه إليه التعبير أن ينقض هذه القرينة بدليل عكسي، فيثبت أنه رغم وصول التعبير لم يحط به علما لغيابه(مثلا) أو مرض...إلخ.

2. المادة 98 من القانون المدني:" كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على ما يخالف ذلك، و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ما لم يقم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه" أي أن المشرع قرر قرينة قانونية لصالح الدائن حيث لم يلزمه بإثبات أن الالتزام الذي يطالب به المدين سببا مشروعا، و هذه القرينة بسيطة تقبل النقض بالدليل العكسي، كذلك لم يلزم المشرع الدائن إثبات أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، و إنما أقام قرينة قانونية على أن السبب الحقيقي المذكور في العقد. و لما كانت هذه القرينة غير قاطعة فيجوز للخصم أن ينقض الدليل المستفاد منها، بأن يثبت مثلا أن السبب المذكور في العقد صوري.

3. المادة 193 من القانون المدني:"إذا ادعى الدائن عسر المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، و على المدين أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها"أي أنه إذا ادعى الدائن عسر المدين، فليس عليه إلا أن يثبت ما في ذمة مدينه من ديون، و عند ذلك تقوم قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على أن المدين معسر، وينتقل عبء الإثبات بفضل هذه القرينة إلى المدين و عليه هو أن يثبت بأنه غير معسر، ويكون ذلك بإثبات أنم له أموال تساوي قيمة الديون أو تزيد عليها فإن لم يفلح في هذا الإثبات عد معسرا.

4. المادة 776 من القانون المدني، حيث جاء في معنى هذا النص أن كل تصرف يصدر من المورث في مال من أمواله و هو في مرض الموت يعد صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. فهذه القرينة القانونية الدالة على نية التبرع من شأنها تيسير الإثبات على الوارث فيكفي أن يثبت أن التصرف قد صدر من مورثه في مرض الموت حتى تقوم القرينة فيعد أنه صدر على سبيل التبرع.

و الأمثلة كثيرة ومتنوعة عن القرائن القانونية غير القاطعة في القانون الجزائري.

- **طرق إثبات العكس في القرائن غير القاطعة**: يتم نقض القرائن القانونية غير القاطعة وفقا للقواعد العامة في الإثبات فيجوز نقضها بإقرار من قامت القرينة القانونية لمصلحته أو بنكوله عن اليمين الحاسمة التي وجهت إليه أو عن طريق الدليل الكتابي أو بمبدأ الثبوت بالكتابة معززا بالبينة أو القرائن القضائية، كما يجوز الإثبات بالبينة و بالقرائن القضائية إذا استحال الحصول على دليل كتابي أو عند فقده بعد الحصول عليه، ويلاحظ أن القرينة القانونية البسيطة قد يتم استخدامها في إثبات واقعة مادية أو تصرف قانوني لا تزيد قيمته عن النصاب المحدد لشهادة الشهود، وفي هذه الحالة لا يثور أي شك في جواز إثبات عكس هذه القرينة بكل طرق الإثبات وذلك طبقا للقواعد العامة. ولكن قد تستخدم القرينة القانونية البسيطة في إثبات تصرف قانوني تزيد قيمته عن النصاب المحدد للإثبات بشهادة الشهود(ألف دينار جزائري 1000).

وفي هذه الحالة وبما أن القرينة القانونية البسيطة لا تعفي في حقيقتها من الإثبات و إنما تنقل محل الإثبات من الواقعة الأصلية المتنازع عليها إلى واقعة أخرى متصلة بها و هذه الواقعة الأخيرة هي التي يجب إثباتها طبقا للقواعد العامة في الإثبات و بالتالي تقوم القرينة القانونية و تثبت بمقتضاها الواقعة الأخرى المتنازع عليها، وإذا أراد الخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة فعليه التزام حكم القواعد العامة في هذا الصدد[1].

---

[1] رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص 227.

لكن المشرع عين في بعض الحالات طرق خاصة لإثبات عكس القرينة القانونية غير القاطعة و من أمثلتها:

1- في المثال الذي سبق ذكره حول نص المادة 193 من القانون المدني: حيث أنه إذا أثبت الدائن أي مقدار من الديون في ذمة مدينه قامت قرينة قانونية على إعساره وهذه القرينة تنقض عن طريق إثبات المدين أن لديه أموالا تساوي قيمة هذه الديون أو تزيد عليها.

2- المادة 127 من القانون المدني تنص على أن العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر تقوم على قرينة قانونية غير قاطعة، يجوز نقضها بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور أو عيب في الأشياء المنقولة...الخ.

3- المادة 496 من القانون المدني، تنص في معناها أن المستأجر يعد مسؤولة عن الحريق في العين المؤجرة مسؤولية قائمة على خطأ عقدي مفروض، ويجوز نفي هذا الخطأ المفترض بأن يثبت المستأجر أن النار قد بدأ نشوبها في الجزء الذي يشغله مستأجر آخر.

- إن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ليست في الواقع إلا توزيعا لعبء الإثبات بين الخصمين، ينص عليه القانون و يتكفل بتطبيقه القاضي، ونرى كذلك مما سبق أن من يحمل عبء الإثبات ليس مطالبا في الواقع من الأمر بإثبات كامل قاطع، ولا هو يكلف بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون منها الواقعة مصدر الحق المدعى به، وليست الحقيقة القضائية التي يتولى إثباتها بالحقيقة المطلقة التي لا يداخلها الشك، فالقانون يطلب ممن يحمل عبء الإثبات أن يقنع القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمر مرجح الوقوع، وينفي القاضي ما بقي من شك يحوم حول الأمر بأن بنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر. ليثبت أنه بالرغم من الظواهر التي ترجح وقوع الأمر، توجد قرائن أخرى تجعل الراجح مرجوحا،ثم يرد عبء الإثبات على الخصم الأول ليهدم هذه القرائن بقرائن

أخرى، وهكذا يتبادل الخصوم عبء الإثبات، إلى أن يعجز أحدهما عن دحض الدليل الذي تقدم به الخصم الآخر، فيخسر بذلك الدعوى[1].

من الأمثلة عن دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن القانونية البسيطة ما يلي:

1- المادة 830 من القانون المدني، جاء في معناها انه عندما يريد الحائز أن يثبت أنه كسب الملكية بالتقادم، أي يثبت أن حيازته استمرت المدة التي حددها القانون لتمام التقادم، هنا يضع القانون قاعدة لتوزيع عبء الإثبات بين الخصوم، فالحائز يحمل عبء إثبات أن حيازته بدأت في وقت معين و أنها قائمة حالا، و هنا يقيم القانون قرينة على أن الحياز استمرت قائمة في المدة ما بين الزمنين، فيتولى القاضي مهمة تكليف الخصم الآخر بالإثبات، فيلقي عليه عبء إثبات أن مدة التقادم قد انقطعت، فانقطع التقادم لسبب من الأسباب.

2- عندما يطالب الدائن مدينه بوفاء التزام مترتب على عقد معين، هنا من المفروض أن يقع عبء إثبات الواقعة القانونية، و هي العقد على عاتق الدائن، فيثبت أن هناك عقدا توافرت فيه كافة عناصره القانونية من التراضي و تنزه الرضاء عن العيوب و وجود السبب المشروع و عدم استحالة مضمونه، و لا شك في ثقل عبء إثبات كافة هذه العناصر إذا ألقي هذا العبء على الدائن وحده، و لهذا و تحت دافع التخفيف من هذا العبء، يتولى المشرع تجزئة عبء الإثبات بين الدائن و المدين، فحسب الدائن هنا أن يثبت وجود الالتزام الذي لم ينفذه المدين، و يقيم المشرع بعد ذلك عدة قرائن تساعد على هذا التخفيف بإلقاء عبء إثبات بعض عناصر الواقعة القانونية على عاتق المدين. مثال ذلك أنه لا يجب على الدائن أن يثبت أن للالتزام سبب مشروع، فلقد تولت قرينة المادة 98 من القانون المدني هذه المهمة بافتراضها أنه إذا لم يذكر في العقد سبب الالتزام، فإنه يفترض أن له سببا مشروعا. ثم يقع على المدين عبء إثبات تخلف السبب المشروع. كما لا يجب على الدائن أن يثبت توافر التمييز و الإدراك أو أن الرضاء كان سليما، فكل هذه

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق – ص 83.

العناصر يفترض وجودها، و للمدين أن يثبت عكس ذلك، كما لا يجب على الدائن أن يثبت وجود محل الالتزام. فمثلا لا يجب عليه أن يثبت عدم هلاك المبيع وقت التعاقد و إنما يقع على المدين إثبات أن المحل كان غير موجود لهلاكه قبل التعاقد.

3- إذا باع شخص شيئا يملكه، و بعد موته تنازع ورثته المشتري في أن الثمن المذكور في عقد البيع صوري، و أن البيع قد صدر في مرض الموت فيكون وصية، و من ثم لا ينفذ إلا من ثلث التركة. يوزع القانون عبء الإثبات هنا أيضا بين الورثة و المشتري، فقد نصت الفقرتان الثانية و الثالثة من المادة776 على ما يأتي:" وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا. إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

فالورثة إذن يحملون عبء إثبات أن البيع قد صدر في مرض الموت.

ومتى أثبتوا ذلك قامت قرينة قانونية على أن العقد مقصود به التبرع و أن ثمنا ما لم يدفع و عند ذلك ينتقل عبء الإثبات إلى المشتري. وعليه أن يثبت انه دفع للبائع ثمنا لا يقل عن قيمة المبيع بمقدار يجاوز ثلث التركة و إلا فإن البيع فيما تجاوز فيه زيادة قيمة المبيع على الثمن ثلث التركة، لا يسري في حق الورثة.

فمن خلال الأمثلة السابق ذكرها يظهر جليا دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بين الخصوم بموجب القرائن القانونية غير القاطعة.

- ومن الأمثلة في الشريعة الإسلامية مسألة اختلاف الزوجين في متاع البيت، حيث أنه إذا اختلف الزوجين في متاع البيت و ادعى كل منهما أن المتاع ملكه، ولم يستطع إحضار البينة، فقد ذهب الحنيفية و المالكية و الحنابلة و الزيدية و الإمامية في الأظهر و الإباضيّة إلى وضع قرينة فقهية متمثلة في أن متاع البيت الذي يصلح للرجال كالعمامة و الكتب و السيف يعطى للزوج و المتاع الذي يصلح للنساء كالحلي و الثياب يعطى للزوجة، للقرينة القائمة على العرف و العادة في صلاحية كل نوع لصاحبه، وأنه لا عبرة

لليد الحسية فيها ثم اختلفوا في المتاع الذي يصلح للرجال و النساء معا كالآنية و الذهب و الفضة و العقار و الأثاث. فقال المالكية و الحنفية: يقضى به للرجال، لأن البيت بيت الرجل في العادة، و المرأة تحت يده واليد قرينة و دلالة من دلالات الظاهر على المالك، وقال الإمام أحمد بن حنبل وابن القاسم من المالكية و الإمامية وعثمان البتى وعبد ا بن الحسن والحسن بن زيد و زفر في أحد قوليه: إن ما يصلح لهما يقسم بينهما بعد اليمين لإشتراكهما في اليد[1]. و من خلال هذه القرينة الفقهية يقوم القاضي بتوزيع عبء الإثبات بين الزوجين، حيث ترجح القرينة كفة الزوج فيما يكون عادة ملكا للرجال من متاع البيت فلا يحتاج إلى إثبات ذلك بدليل آخر في حين ينتقل عبء الإثبات إلى الزوجة لتقديم البينة على ملكية هذه الأشياء فإذا نجحت في ذلك قضي لها بما طلبت و إذا أخفقت خسرت الدعوى، و نفس الحكم بالنسبة للمتاع الذي يصلح للنساء، و المتاع الصالح للرجال و النساء معا.

المطلب الثاني: دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن القضائية :

- تنص المادة 340 من القانون المدني:" يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فبها القانون الإثبات بالبينة". فالقرينة القضائية هي نتيجة يستخلصها القاضي من واقعة معلومة لواقعة غير معلومة و لذلك تعد القرائن القضائية من أدلة الإثبات غير المباشرة، حيث تثبت الواقعة أو يثبت التصرف بطريق غير مباشر عن طريق ثبوت واقعة أخرى قريبة منها أو متصلة بها. فمثلا إذا أثبت المستأجر أنه قام بدفع الأجرة عن شهر معين، أمكن للقاضي أن يستخلص من ذلك دفع الأجرة عن الشهر السابق، وقد تكون الواقعة المتنازع عليها هي سرعة السيارة أثناء وقوع الحادث، فيقوم قاضي الموضوع بتحديد سرعة السيارة وذلك استنباطا من واقعة أو وقائع أخرى مثل أن تكون آثار جهاز التوقيف (الفرامل) طويلة وحالة السيارة و حالة الطريق وهكذا. فإذا ثبت للقاضي الوقائع الأخيرة أمكنه أن يستنبط

---

[1] د/ مد الزحيلي – ا رجع السابق – ص 491.

سرعة السيارة أثناء الحادث فنكون بصدد قرينة قضائية أقامها القاضي وبذلك تختلف القرينة القضائية عن القرينة القانونية، ففي القرينة الأخيرة يتولى المشرع بنفسه عملية الاستنباط ثم يفرض الواقعة التي استخلصها على القاضي و الخصوم فرضا.

أما في الشريعة الإسلامية فالقرائن القضائية هي تلك التي يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى و ملابساتها، فأمر استخلاص هذه القرائن قد تركه الشارع للقاضي ليستنبطه كيفما شاء، وحسبما أراد وأطلق له الحرية، فكلما اقتنع القاضي باستنباط أمر حكم بمقتضاه وإلا فلا. وهذا الأمر يستلزم من القاضي ألا يحكم بهذا الاستنتاج إلا وضميره مطمئن، وهذا لا يكون إلا حيث تكون القرائن قوية، متصلة بالواقعة المتنازع فيها اتصالا مباشرا. و القرائن القضائية لا تقع تحت حصر لأنها وليدة الظروف و الحوادث، وعلى كل حال فالمدار في استخلاصها على ذكاء القاضي وفطنته، فينبغي عليه ألا يبعد في الاستنباط عما يظهر من الحوادث. و من قبيل هذا النوع من القرائن، ما يقضي به الرسول صلى ا عليه و سلم في قصة قتل أبي جهل، وذلك أن إبني عفراء تداعيا قتل أبي جهل فقال(ص):" هل مسحتما سيفيكما؟" قالا: لا، فقال:" فأرياني سيفيكما" فلما نظرا فيهما، قال لأحدهما:" هذا قتله" وقضى له بسلبه، فالرسول صلى ا عليه وسلم قضى بالسلب لأحدهما اعتمادا على أثر الدم على السيف، وأثر الدم قرينة من القرائن التي ترجح جانب أحد المتداعيين، ومن قبيل هذه القرائن – أيضا – ما قضى به نبي ا سليمان- عليه السلام- في أمر المرأتين اللتين ادعتا الولد، فقد روى أبو هريرة أن رسول ا (ص) قال:" كانت امرأتان معهما ابناهما فجاء الذئب فذهب بابن أحداهما، فقالت لصاحبتها، إنما ذهب ابنك، و قالت الأخرى:إنما ذهب بابنك فتحاكما إلى داود- عليه السلام- فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان –عليه السلام-فأخبرتاه فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينكما، فسمحت الكبرى بذلك، فقالت الصغرى لا تفعل يرحمك ا هو ابنها، فقضى به للصغرى". و يظهر من سياق القصة أن سليمان قضى به للصغرى، مخالفا بذلك رأي أبيه، الذي قضى به للكبرى، بناءا على ما انفتح في ذهنه –عليه السلام- من أن الحامل للصغرى على الاعتراف بأن الولد ليس ابنها، وامتناعها عن المخاصمة إنما هو الشفقة و الحنان اللذان أودعاهما ا قلوب الأمهات، كما فهم من رضي الكبرى بشق الولد

بينهما أنه ليس ابنها، وإنما أرادت الكيد للصغرى بقتل ولدها، كما ذهب الذئب بولدها هي حقدا و حسدا[1].

و سنتطرق في هذا المطلب إلى السلطة التقديرية للقاضي في استنباط القرائن القضائية في العنصر الأول و إلى سلطة القاضي في تقدير الإثبات بالقرائن القضائية و توزيع عبء الإثبات بموجبها.

---

[1] مد فتح ا النشار – ا رجع السابق – ص 185.

أولا: السلطة التقديرية للقاضي في استنباط القرائن القضائية:

- يقتضي استنباط القرينة القضائية توافر عنصرين أو ركنين:

1) العنصر الأول:وجود واقعة أو وقائع ثابتة ذات صلة بالواقعة المتنازع عليها و يطلق على هذه الواقعة اصطلاح الدلائل أو الأمارات(Indices)، فلا بد إذن في هذه الواقعة أن تكون ثابتة فالقرنية هي استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة، بحيث إذا كانت هذه الواقعة محتملة و غير ثابتة فإنها لا تصلح مصدرا للاستنباط و نعرض فيما يلي إلى بعض صور الوقائع الثابتة و التي يمكن أن يستخلص منها الأمر المجهول و المتنازع عليه:

* يجوز الاعتماد على عقود الإيجار و إيصالات الأجرة عن مدة لا يدخل فيها شهر الأساس أو لأماكن أخرى مماثلة في ذات العقار قرينة قضائية لإثبات الأجرة القانونية.

* لمحكمة الموضوع أن تقول في حكمها على ما ورد في شكوى إدارية، أو ما مرد في محضر جمع الاستدلالات أو محضر الشرطة أو في أي تحقيقات إدارية أو قضائية، أو من أقوال شهود سمعوا في غير مجالس القضاء.

*يجوز المحكمة الموضوع التعويل في حكمها على حكم صادر في قضية أخرى لم يكن الخصم طرفا منها وذلك كقرينة قضائية.

*يجوز أن يعتمد القاضي في استنباط القرينة على أقوال شهود سمعوا في قضية أخرى حتى ولو أطرحت المحكمة الذي سمع أمامها الشهود التحقيق منها.

*يجوز استنباط القرائن من أقوال شهود سمعهم الخبير بدون حلف اليمين و من المعاينة التي أجراها و من المستندات المقدمة إليه.

*يجوز أن تستخلص القرنية القضائية من يمين لكل الخصم عن حلفها أو من إقرار صادر عن الخصم.

ويلاحظ في تلك الواقعة الثابتة أنه يجب أن يكون لها أصل في الأوراق، فلا تستنبط القرينة من أوراق خارج ملف الدعوى.

كما لا يجب أن تكون الواقعة الثابتة سكوتا عن التمسك بأمر مخالف للنظام العام، فمثل هذا السكوت لا يصلح أن يكون قرينة على الواقعة الأخرى المتنازع عليها.

ويلاحظ أنه في خصوص العنصر الأول تتمتع محكمة الموضوع بسلطة واسعة في استخلاص القرائن بمعنى أن لهذه المحكمة اختيار ما شاءت من وقائع ثابتة في الأوراق لكي تستخلص منها القرينة المطلوبة، وبذلك يكون مفاد نص المادة 340 من القانون المدني أن لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في استنباط القرائن التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته غير مقيد في ذلك بالقاعدة التي تفرض عليه ألا يبني اقتناعه على وقائع لم تثبت بالطرق القانونية أو على وثائق لم تكن محل مناقشة الخصوم.

2) العنصر الثاني: يتمثل هذا العنصر في عملية الاستنباط التي يقوم بها قاضي الموضوع، حيث يستخلص من الواقعة الثابتة لديه واقعة أخرى يراد إثباتها، حيث يقتنع القاضي بان الصلة بين الواقعة أو الوقائع الثابتة و بين الوقائع المتنازع عليها تجعل احتمال حصول الواقعة الأخيرة غالبا، وذلك على أساس أن الغالب و المألوف في العمل أنه كلما وجدت الوقائع الأولى ترتبت عليها بالضرورة الواقعة المتنازع عليها، وهذه هي عملية الاستنباط و الاستخلاص. وحصول هذا الاقتناع مسألة شخصية و نفسية أساس تتوقف على القاضي كإنسان، وتختلف باختلاف عقليات القضاة. و هنا مكمن الخطر في هذه الوسيلة من وسائل الإثبات، إذ من الواضح أنها تترك للقاضي حرية واسعة في التقدير وهي حرية قد لا يحسن استخدامها لعدم توافر مقومات الإدراك السليم و الفطنة الصحيحة لديه.

- مجال الإثبات بالقرائن القضائية: تقضي المادة 340 من القانون المدني بأنه لا يجوز الإثبات بهذه القرائن، إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة(شهادة الشهود)، فقد رأينا أن للقاضي سلطة استخلاص واقعة ثابتة متصلة بها، و هذا يتضمن في حقيقة الأمر توسع لدور القاضي في عملية الإثبات بما يشمله من التخفيف من نظام الإثبات المقيد،و لهذا يكثر الإثبات بالقرائن القضائية في الميدان العملي، نظرا لتعذر أو صعوبة الإثبات المباشر الذي ينصب على ذات واقعة النزاع في كثير من الأحوال، لذلك اعتبر المشرع القرائن القضائية من الأدلة المقيدة لا المطلقة، و لهذا نص على أنه لا يجوز الإثبات بالقرينة إلا في بعض الحالات، و هي الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود، أي الوقائع المادية بصفة عامة و التصرفات التجارية، و التصرفات

المدنية التي لا تتجاوز قيمتها ألف دينار جزائري، فالملاحظ أنه لو أجيز الإثبات بالقرائن القضائية لما لا يجوز إثباته بالبينة لأمكن تصور الإحتيال على النصوص التي لا تجيز الإثبات بالبينة.

- الفروق بين القرائن القضائية و القرائن القانونية:

* إن مجال إعمال القرائن القضائية كما رأينا محدود بمجال جواز الإثبات بشهادة الشهود، فحيث لا يجوز الإثبات بالبينة لا يجوز الإلتجاء إلى القرائن القضائية، أما القرائن القانونية فليس لها مجال معين لأعمالها. فمثلا صدور التصرف في مرض الموت يعد قرينة قانونية على أنه تصرف صادر على سبيل التبرع أيا ما كانت قيمته، أيضا فإن الوفاء بقسط من الأجرة يعد قرينة قانونية على الوفاء بالأقساط السابقة عليه أياما كانت قيمة كل منها.

* رأينا أن القرائن القانونية لا تنشأ إلا بنص القانون و حيث يقوم القانون باختيار واقعة معروفة و ثابتة ليستنبط منها واقعة غير معروفة و غير ثابتة، و هي التي تكون محلا للدعوى أو الدفع. أما القرائن القضائية فلا تنشأ بنص القانون و إنما الذي يقوم باستخلاصها و استنباطها هو قاضي الموضوع. و لذلك فالقرينة القانونية -على خلاف القرينة القضائية- يفرضها المشرع فرضا على الخصوم و على القضاة أيضا. و لذلك أيضا فإن القرائن القانونية مذكورة في القانون على سبيل الحصر بخلاف القرائن القضائية التي تستعصي على الحصر.

* و يترتب على ما تقدم أن القاضي لا تكون له سلطة تقديرية بشأن القرينة القانونية حيث يكون للخصم الذي تقررت القرينة القانونية لصالحه أن يتمسك بها، أما في القرائن القضائية فقد رأينا أن للقاضي السلطة الكاملة في استخلاص هذه القرائن و في تقدير حجيتها و لذلك ليس للخصوم هنا سوى أن يطلبوا من القضاء تقرير قرينة قضائية يستقل هو بتقديرها[1].

- تحول بعض القرائن القضائية إلى قرائن قانونية: قد يحدث و يتكرر استنباط القضاة للقرائن على نحو معين، فتستقر عليها المحاكم و يتوحد تطبيقها في مختلف الدعاوى، فيصبح الأمر وكأنه ملزم بالمحاكم، عندئذ قد يرى المشرع أنه من المناسب اعتبار هذه القرائن جديرة بتوحيد دلالتها فيرفعها إلى مرتبة القرينة القانونية، فالقرينة

---

[1] د/ رمضان أبو السعود – ا رجع السابق – ص 248.

القانونية ليست في الواقع من الأمر إلا قرينة قضائية قام القانون بتعميمها و تنظيمها فإذا اضطرت أحكام القضاء على تقرير قرينة قضائية معينة وطال الزمن على هذا المسلك و ساد الاعتقاد بلزومها، فإنه يمكن القول بنشوء عرف قضائي يعد مصدرا لقرينة قانونية، ومثال ذلك اعتبار مجرد تهدم البناء قرينة على خطأ حارس البناء، فتلك قرينة قضائية إضطردت عليها أحكام القضاء قبل أن ينص عليها القانون باعتبارها قرينة قانونية. وأيضا قد جرت الأحكام على اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة قضائية على الوفاء بالأقساط السابقة، ثم أتى القانون المدني فنص عليها باعتبارها قرينة قانونية[1].

ثانيا: ساطة القاضي في تقدير الإثبات بالقرائن القضائية:

- سلطة محكمة الموضوع في تقدير القرائن: رأينا أن محكمة الموضوع تتمتع بسلطة واسعة في استخلاص القرائن مما هو مطروح عليها من وقائع لها أصل في الأوراق، و لنشير هنا إلى أن للمحكمة كذلك السلطة الكاملة في تقدير القرائن، فتقدير الأدلة و القرائن مما يستقل به قاضي الموضوع متى كانت مستمدة من أوراق الدعوى و مستخلصة منها استخلاصا سائغا فيكون النعي في هذا الشأن مجادلة في سلطة القاضي في ترجيح استخلاص على آخر بغية الوصول إلى نتيجة أخرى وهو ما لا يجوز، وإذا كانت للمحكمة هذه السلطة فإنه يشترط ألا يكون استخلاصها للقرائن مخالفا للثابت في الأوراق، فإذا تقيدت بهذا القيد كان لها أن تأخذ بالقرينة، أو تطرح الأخذ بها إذا تطرق إليها الشك، و لإن كان لمحكمة الموضوع السلطة الكاملة في تقدير القرائن القضائية و إطراح ما ترى الأخذ به منها، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون قد اطلعت عليها و أخضعتها لتقديرها بحيث إذا بان أنها لم تطلع عليها و بالتالي لم تبحثها فإن حكمها يكون قاصرا قصورا يبطله. و لكن لا تلتزم محكمة الموضوع بتنفيذ كل قرينة مناهضة يدلي بها الخصم أمامها. و إذا كان تقدير القرائن هو ما يستقل به قاضي الموضوع، فلا شان للمحكمة العليا فيما يستنبطه

[1] ا ادة 499 من القانون ا د .

منها متى كان استنباطه سائغا، ولذلك لا يجوز التمسك بالقرائن لأول مرة أمام المحكمة العليا.

- **جواز نقض القرينة القضائية بكافة طرق الإثبات:** تعد القرينة القضائية حجة متعدية غير ملزمة، وقد رأينا أن مجال الإثبات بالقرائن القضائية هو ذات المجال للإثبات بشهادة الشهود. إذن فالقرائن القضائية تأخذ حكم البينة فهي غير قاطعة ولذلك تقبل دائما إثبات العكس، إما بالكتابة أو بشهادة الشهود أو بقرينة مثلها أو بغير ذلك من أدلة الإثبات، فالقرينة القضائية في هذا الصدد مثلها مثل القرينة القانونية البسيطة (غير القاطعة)، فالقرائن القضائية هي من الأدلة التي لم يحدد القانون حجيتها و التي أطلق للقاضي في الأخذ بنتيجتها وعدم الأخذ بها، كما أطلق له في أن ينزل كل قرينة منها من حيث الأهمية و التقدير المنزلة التي يراها.

- قوة الإثبات المحدودة للقرائن القضائية: [1]

رأينا فيما سبق أنه ينحصر مجال الإثبات بالقرائن القضائية في المسائل التي تقبل الإثبات بشهادة الشهود، إذن فلها نفس قوة الإثبات المحدودة التي تتميز بها هذه الأخيرة، أي أن لها قوة مطلقة في إثبات الوقائع المادية و التصرفات القانونية التجارية، وتبقى بعد ذلك التصرفات القانونية المدنية وهذه ليس لها فيها إلا قوة إثبات محدودة، و قد وضع القانون في ذلك قاعدة عامة ثم أورد عليها استثناءات معينة:

1.القاعدة العامة: فيها شقين:

أ- لا يجوز إثبات التصرفات القانونية المدنية إذا زادت قيمتها على ألف دينار جزائري إلا بالكتابة: معنى ذلك أن التصرف القانوني لا يجوز إثباته بالقرائن القضائية إلا إذا كانت قيمة الالتزام الناشئ عن هذا التصرف لاتزيد عن ألف دينار، إلا إذا ووجد اتفاق

---

[1] المادة 333 من القانون المدني.

أو نص في القانون يجيز الإثبات بالقرائن القضائية، فنستنتج أن هذه القاعدة ليست من النظام العام ما دام الاتفاق على مخالفتها ممكنا، هذا من جهة أما من جهة أخرى فوجب تحديد التصرفات القانونية المدنية التي تسري عليها القاعدة بالدرجة الأولى ثم تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عن هذه التصرفات.

* **<u>تحديد التصرف القانوني</u>:** قد يكون اتفاقا أو عقدا و قد يكون تصرفا قانونيا صادرا عن إرادة فاصلة منفردة، فتدخل في نطاق الاتفاقات أو العقود تلك التي تنشأ الالتزام أو تنقل الحق العيني أو تلك التي تقضي الالتزام أو تنقله أو آثار قانونية أخرى. وتدخل في نطاق التصرف القانوني الصادر عن إرادة منفردة الإيجاب الملزم، والقبول، و الوعد بجائزة و الإجازة و الإقرار و الاعتراف بدين طبيعي، كل ذلك سواء اشترط القانون كتابة رسمية أو عرفية سواء للإثبات أو للانعقاد.

* **تحديد قيمة الالتزام**: يجب ألا تزيد قيمة الالتزام عن ألف دينار جزائري حتى يجوز إثباته بالقرائن القضائية، فإذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود يسهل تحديد قيمته أما إذا كان شيئا غير النقود، قدر القاضي قيمته وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة، و لا عبرة بما يطرأ عليها بعد ذلك من نقص أو زيادة، أما إذا كان الالتزام غير محدد القيمة فلا يجوز إثباته بالقرائن القضائية، لكن يجوز الإثبات بها إذا كانت زيادة الالتزام على ألف دينار جزائري لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل و إذا شملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالقرائن القضائية في كل طلب لا تزيد قيمته على ألف دينار جزائري ولو كانت هذه الطلبات جميعها تزيد على هذه القيمة، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة، وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته عن تلك القيمة.

ب- لا تقبل القرائن القضائية فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها:

وهذه تخضع في تطبيقها إلى شروط هي:

***وجود كتابة أعدت للإثبات**: وهي الكتابة التي وقع عليها المدين رسمية أو عرفية، أما الأوراق غير المعدة للإثبات فيجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بالقرائن القضائية

فهذا الشرط يقتضي وجود كتابة معدة للإثبات وتكون دليلا كاملا في غير التزام تجاري أيا كانت قيمة الالتزام الثابت بهذا الدليل الكتابي الكامل.

*إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها: لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة، أما إذا أريد إثبات شيء متعلق بما هو ثابت بالكتابة لكنه ما يخالفها ولا يجاوزها فإن إثبات ذلك يكون وفقا للقواعد العامة مثال: إثبات انقضاء الالتزام الثابت بالكتابة.

*الإثبات مقصور على العلاقة فيما بين المتعاقدين: وكالمتعاقدين الخلف العام، أما الغير فيجوز له إثبات وجود التصرف نفسه بالقرائن القضائية و لو زادت قيمته عن ألف دينار جزائري (1000) بجميع الطرق.

2. الاستثناءات:

هناك نوعان من الاستثناءات:

و كلا النوعين يسمح للخصم بالإثبات بالقرائن القضائية التصرفات المدنية حتى لو زادت قيمة الالتزام على ألف (1000)دينار جزائري وحتى ولو كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها:

أ- مبدأ الثبوت بالكتابة:[1] ولهذا المبدأ ثلاثة أركان هي: أن تكون هناك ورقة مكتوبة – أن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه أو ممن يمثله- وأن يكون من شأن هذه الورقة أن تجعل وجود التصرف القانوني قريب الاحتمال.

ب- قيام المانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها:[2]

* قيام المانع من الحصول على الكتابة: سواء كان المانع ماديا أو أدبيا.

* قيام المانع من تقديم الورقة لفقدها بسبب أجنبي: إذا أثبت الخصم أنه حصل فعلا على سند مكتوب و أن هذا السند قد فقد وأن هذا الفقد كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

- وفي الأخير نعطي بعض الأمثلة عن دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن القضائية في مايلي:

* يريد دائن الشريك المدير في شركة التضامن أن يثبت أن العقد الذي وقعه هذا المدير كان لحسابه الخاص لا لحساب الشركة، فحسبه أن يثبت أن هذا الشريك قد وقع باسمه و دون ذكر لعنوان الشركة و عندئذ يستنبط القاضي من هذه الواقعة الثابتة قرينة

---

[1] ا ادة 335 من القانون ا د .

[2] ا ادة 336 من القانون ا د .

قضائية على أن هذا العقد تم إبرامه لحساب الشريك دون الشركة وهذه القرينة توزع عبء الإثبات بين الخصمين، فيلقى على عاتق الشريك عبء إثبات عكس هذه القرينة.

* شخص يريد أن يثبت له حيازة المنزل محل النزاع، فيقدم مستندات تثبت أنه هو الذي يؤجر المنزل و يقبض أجرته ويدفع ضريبته، فيستنبط القاضي قرينة قضائية على أنه هو الحائز للمنزل و عند ذلك يتم توزيع عبء الإثبات بين الخصمين فيلقي على عاتق الخصم الآخر عبء دحض هذه القرينة، بأن يثبت مثلا أن الخصم الأول يؤجر المنزل ويدفع الضريبة لا لحسابه الشخصي بل لحساب المالك الذي يدير هو أعماله.

المبحث الثالث: دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب اليمين:

- كما رأينا في الفصل التمهيدي أن القاعدة العامة في عبء الإثبات هي البينة على من ادعى و اليمين على من انكر. و لما كان مهمة قيام المدعى بعبء الإثبات مهمة عسيرة و شاقة كان الإتجاه إلى توزيع عبء الإثبات بين الخصوم و ذلك عن طريق القرائن القانونية و القضائية كما رأينا في المبحث الثاني من هذا الفصل. و هذا التوزيع لا يعد خروجا عن القاعدة العامة و لكنه في الواقع تطبيق لها فيكتفي المدعي بإثبات ما يرجح وجود الحق في جانبه ليلقي على خصمه عبء دفع ما قام بإثباته. و يكون الخصم مدعيا في هذا الدفع وبالتالي فإنه مطالب بالإثبات بوصفه مدعيا في هذا الدفع، و ليس بوصفه مدعى عليه. أما دور القاضي في تخفيف و توزيع عبء الإثبات بمقتضى اليمين فإنه يقصد به الخروج عن القاعدة العامة في الإثبات بأن يكلف القاضي المدعى عليه بالبينة. و يكلف المدعي بحلف اليمين. و سنوضح في ذلك دور القاضي في اليمين الحاسمة و الذي لا يملك فيها إلا أن يجيب طلب توجيهها ما دام أن طالبها غير متعسف في طلبه و منه نتطرق لسلطته في منع توجيهها، أما اليمين المتممة فيظهر فيها بوضوح دور القاضي في تخفيف عبء الإثبات حيث أجاز له القانون أن يقوم بتوجيه اليمين من تلقاء نفسه إلى أحد الخصوم.

و سنتعرض في تحليل هذا المبحث إلى مقارنة بين ما جاء في القانون و ما جاء في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب اليمين الحاسمة:

اليمين الحاسمة هي نضام قانوني خاص وضعه المشرع لإسعاف الخصم الذي يعجز عن إثبات ما يدعيه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع و هي قسم با يصدر من أحد الخصمين و في حلفها يشهد على صحة واقعة قانونية لمصلحته هو. و لهذا لا يكتفي المشرع بقوله و إنما يتخذ من ا عز وجل شاهدا على ما يقول ضمانا وتأكيدا على صدق قول، و في هذا يختلف الإقرار عن اليمين، لأن الإقرار هو شهادة من الخصم

على نفسه لمصلحة خصمه بصحة واقعة قانونية بشرط أن يتم ذلك أثناء نظر الدعوى و أمام المحكمة التي ينظر فيها[1] و يؤدي على هذا النحو إلى ثبوت الواقعة محل الإقرار ثبوتا قاطعا يلزم المقر و يلزم المحكمة و يعفي الخصم الآخر من الإثبات.

و تتفق اليمين الحاسمة مع الإقرار في أنهما ينتهيان إلى إعفاء الخصم من الإثبات و في أنهما يعتمدان على قول الخصم و في أن كلا منهما يعتبر تصرفا قانونيا بإرادة منفردة.[2]

أما الحالف ذاته فهو واقعة قانونية لأنه عمل مادي يترتب عليه أثر قانوني و من توجه إليه اليمين يصبح عليه هو العبء الإثبات. فيملك الحالف و يملك نقل هذا العبء إلى خصمه. فيعود من جديد هو الذي عليه عبء الإثبات أما النكول فهو يعتبر بمثابة إقرار من جانب الناكل يعفي خصمه من الإثبات.

و لهذا سوف نتطرق إلى ما يهمنا في هذا الجانب و هو سلطة القاضي في منع توجيه اليمين و موقفه من النتائج المترتبة عن توجيه اليمين الحاسمة و فيهما يبرز دوره في توزيع عبء الإثبات...

أولا: سلطة القاضي في منع توجيه اليمين الحاسمة:

تتميز اليمين الحاسمة بأنها تؤدي إلى قطع النزاع و لهذا لا تكون مقبولة من القاضي إذا كانت وسيلة للتهرب من نتائجها. و لقد نص المشرع الجزائري في المادة 01/343 من القانون ا لمدني على أنه:

" يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك" و يرى الفقه الفرنسي استنادا إلى المادة 1358 من القانون المدني الفرنسي أن توجيه اليمين حق للخصم على أن لا يكون توجيهه إياها إلى خصمه مباشرة بل عن طريق القاضي و أن القاضي ملزم بتوجيهها، و يعزز الفقه رأيه بأن اليمين صلح و ليس للقاضي أن يعترض

[1] ا ادة 341 من القانون ا د .

[2] د/ أ د أبو الوفا – ا رجع السابق – ص 222.

على هذا الصلح[1]. لذلك خالف القضاء الفرنسي و القضاء البلجيكي الفقه في هذا الشأن و اعترفا للقاضي بسلطة تقديرية في قبول توجيه اليمين و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري كما رأينا في المادة 343 فقرة أولى من القانون المدني، و عليه فإن توجيه اليمين منوط بإذن القاضي بحيث يجوز له أ ن يأذن أو لا يأذن حسبما يراه من ظروف الدعوى و مركز الخصوم، و يقابل هذا النص المادة 113 بينات سوري و المادة 229 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني و المادة 113 من قانون الإثبات المصري .[2]

1- مفهوم التعسف:

و لا يقصد بالتعسف هنا معناه الإصطلاحي فقط، أي مجرد إساءة الحق في ممارسة طلب تحليف الخصم، و إنما المقصود منه رقابة القاضي على الخصم في صدد توجيه اليمين، بحيث لا يجوز له طلبها كلما تخلف شرط من شروط الواجب توفرها فيه، و بالتالي للقاضي أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها لا تتعلق بالدعوى، أو غير منتجة فيها أو غير جائز قبول إثباتها باليمين الحاسمة، أو كانت هذه الواقعة غير محتملة الصدق و تكذبها وقائع الدعوى و مستنداتها، أو كانت ثابتة على وجه ما بإقرار الخصم الآخر، و لمحكمة الموضوع كامل السلطة التقديرية في استخلاص كيدية اليمين دون رقابة من المحكمة العليا متى استندت إلى اعتبارات سائغة.

و عليه يجب فيمن يوجه اليمين الحاسمة أن يكون أهلا للتصرف في الحق الذي توجه اليمين بشأنه، و ذلك لاحتمال أن يحلف الخصم اليمين التي وجهها إليه خصمه فيخسر من وجهها دعواه. و على ذلك لا يستطيع القاصر توجيه اليمين الحاسمة إلا بشأن التصرفات القانونية التي يجوز له مباشرتها و المأذون له بالإدارة، لا يملك توجيه اليمين

---

1 آدم وهيب النداوي – ا رجع السابق – ص 355.

2 يلاحظ أن ا كم نفسه يع القوان العربية و هو نع التعسف توجيه اليم . و ذلك بأن يستبقوا للمتقاض ا رية توجيه اليم ا ا ة. على أن يكون للقاضي حق منع توجيهها إذا رأى أ ا كيدية وأن ا صم متعسف توجيهها. (عبد الرزاق أ د السنهوري – ا رجع السابق – صفحة 520.)

الحاسمة إلا بالنسبة للأعمال التي تدخل في نطاق الإذن. كما لا يجوز للوصي أو وكيل الغائب أو القيم توجيه اليمين فيها يتعلق بأعمال التصرف التي لا تدخل في سلطة أي منهم إلا بإذن المحكمة أما أعمال التصرف التي يستطيع مباشرتها دون إذن من المحكمة فإن له أن يوجه اليمين الحاسمة بشأنها، و لا يجوز للوكيل و كالة عامة أن يوجه اليمين الحاسمة باسم موكله إلا إذا وكله في توجيهها وكالة خاصة. كما يشترط فيمن توجه إليه اليمين أن يكون أهلا للتصرف في الحق الذي توجه اليمين بشأنه. لأنه إذا نكل عن اليمين خسر دعواه و إذا ردها كان هذا بمثابة توجيه لها. ولا يكفي في من توجه إليه اليمين أن يكون أهلا وقت توجيه اليمين إليه، بل يلزم أن تظل له هذه الأهلية إلا أن يتم الحلف أو الرد أو النكول، فإذا كان من وجهت إليه اليمين أهلا عند توجيهها ثم حجر عليه قبل أن يحلفها فلا يجوز أن يحلفها بعد أن حجر عليه. و قد نصت المادة 344 من القانون المدني الجزائري على أنه: " ....و يجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين فإن كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها."

2- محل اليمين :

كما يشمل دور القاضي في الرقابة على الواقعة موضوع اليمين بحيث يجب أن يتوقف عليها الفصل نهائيا في النزاع، لا مجرد أن تكون منتجة في الدعوى، إذ بغير ذلك لن تكون اليمين حاسمة، و مقتضى ذلك أن تكون الواقعة موضوع اليمين متنازعا فيها بين الخصوم، أما إذا ثبتت بدليل آخر من أدلة الإثبات الجائزة قانونا فلا يجوز في شأنها توجيه اليمين الحاسمة.

و لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام، و تكاد التشريعات العربية تجمع على عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام[1]. و في ذلك نص المشرع الجزائري في المادة 344 فقرة أولى من القانون المدني : "لا

---

[1]- و من التشريعات العربية. قانون الإثبات ا صري ا ادة 01/115 ا ادة 01/400 قانون مد لي و ا ادة 01/229. أصول لبنا و ا ادة 500 التزامات و عقود تونسي و ا ادة 67 مرافقا كوي (آدم وهيب النداوي – ا رجع السابق -ص 357).

يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام..." . كأن توجه مثلا لإثبات دين قمار، أو لنقض حجية حكم، و لا يجوز توجيه اليمين بالنسبة لتصرف يوجب في القانون شكلا خاصا ذلك لأن الشكل في هذه الحالة يعتبر شرطا لصحة التصرف.

- و إن مسألة منع القاضي للخصم من توجيه اليمين الحاسمة بحجة الكيد، من الأمور الدقيقة التي تحتاج إلى الكثير من الرؤية و حسن الفهم، فإن نية الخصم الذي يوجه اليمين الحاسمة من الأمور النفسية الخفية التي لا يمكن الاهتداء إليها بسهولة، و من العسير أن يحرم الإنسان حق الالتجاء إلى ذمة خصمه راضيا بيمينه للظن بأنه يقصد الكيد من تحليفه، و إذا كان من حق القاضي أن يرفض توجيه اليمين الكيدية فلابد في ممارسة هذا الحق بأن تكون نية الكيد ظاهرة من وقائع الدعوى ظهورا قاطعا لا أثر فيه للشك و الظن و إلا انقلب الأمر إلا تعسف و ظلم، لذا فإن عليه أن يمارس هذه السلطة بمنتهى الحيطة و الحذر و أن يذكر في حكمه الأسباب التي دعته إلى منع توجيه اليمين. هذا و إذا كان حق الالتجاء إلى القضاء من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يجوز لمن يستعمل هذا الحق الانحراف به عما وضع له و استعماله كيديا ابتغاء الضرر للغير.

ثانيا : موقف القاضي من الآثار المترتبة على توجيه اليمين الحاسمة:

إذا وجهت اليمين الحاسمة للخصم فإما أن يحلفها و إما أن يردها و إما أن ينكل عنها، و تقتضي دراسة موقف القاضي من الآثار و النتائج المترتبة عنها أن نتطرق إليها على النحو الآتي:

1 - **آثار حلف اليمين :**

إذا حلف اليمين من وجهت إليه، طبقا للصيغة التي أقرتها المحكمة حسم النزاع بها نهائيا، و تعين على القاضي إصدار حكمه على من وجه اليمين، و مؤدى ذلك أنه من ناحية يلتزم القاضي بمضمون هذا الحلف، ومن ناحية أخرى لا يجوز بعد ذلك لمن خسر الدعوى أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه، سواء كان ذلك عن

طريق دعوى ابتدائية أو عن طريق الطعن في الحكم الذي صدر بناء على حلف اليمين، و قد نصت المادة 346 من القانون المدني على هذا الحكم بقولها :"لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه على أنه إذا أثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده".

و لكن هذا لا يمنع من الطعن في الحكم الذي صدر بالتحليف بوجوه تتعلق بصحة توجيه اليمين و بصحة الحلف و بغير ذلكمما يتعلق باليمين ذاتهاو ما يسري عليها من أحكام و مثل ذلك أن يتمسك بنقص أهليته وقت حلف اليمين أو بعيب من عيوب الإرادة، و في هذه الأحوال يلغي الحكم بتوجيه اليمين و يترتب على ذلك بطلان الحلف...

2- آثار رد اليمين :

يجوز لمن وجهت إليه اليمين بدلا من حلفها أن يردها على من وجهها و في هذه الحالة يتعين على من ردت عليه اليمين أن يحلفها فلا يمكنه أن يردها ثانية على من ردها عليه فإذا لم يحلفها و نكل عنها خسر دعواه و تعين على القاضي الحكم عليه، و يلزم أن يكون رد اليمين عن نفس الواقعة التي وجهت عنها أصلا، و إلا كنا بصدد يمين جديدة وجهت لأول مرة و بالتالي يجوز ردها، وذلك مثل ان يوجه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه ليحلف على أنه غير مدين له فقام هذا بردها طالبا ممن وجه إليه اليمين ان يحلف هو على انه لم تحصل مقاصة بينهما، ففي هذه الحالة نكون بصدد يمين جديدة يجوز ردها.

و إذا كان من الجائز لكل من توجه إليه اليمين أن يردها إلى خصمه إلا أنه يشترط لرد اليمين أن تكون الواقعة محل اليمين مشتركة بين الطرفين بالنسبة لمن وجهها و من وجهت إليه كواقعة قبض الثمن التي يشترك فيها كل من البائع و المشتري فإذا وجه المشتري اليمين إلى البائع عن هذه الواقعة جاز للبائع أن يرد اليمين على المشتري، أما إذا كانت الواقعة محل اليمين يستقل بها من وجهت إليه اليمين فلا يجوز لمن وجهت إليه أن يردها على من وجهها و مثال ذلك إذا وجه الشفيع اليمين إلى المشتري في شأن مقدار الثمن فلا يجوز للمشتري أن يرد اليمين على الشفيع لأن هذا الأخير أجنبي عن الاتفاق الخاص بالثمن.

و لقد نصت المادة 02/343 من القانون المدني الجزائري على ذلك بقولها :" ولمن وجهت إليه اليمين ان يردها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين".

و في الفقه الإسلامي:

إن القاعدة العامة في الإثبات مستمدة من حديث الرسول صلى ا عليه و سلم في قوله : " لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى ناس أموال قوم ودمائهم و لكن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر".

و لهذا اختلف الفقهاء في جواز طلب القاضي اليمين من المدعي أو تكليف المدعي عليه بالبينة على مذهبين"[1].

- فالمذهب الأول و هم أصحاب عدم الجواز ذهب فيه الحنفية و الحنابلة و الإباضية إلى عدم جواز تكليف المدعي عليه بالبينة و طلب اليمين من المدعي و إنما الذي يكلف بإقامة البينة هو المدعي، و ليس على المدعي عليه إلا اليمين، و لذلك قالوا بالقضاء بنكول المدعي عليه عن اليمين و عدم جواز ردها على المدعي.

- أما المذهب الثاني و الذي ذهب إلى جواز ذلك، و ذهب فيه جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنابلة و الإمامية و الإباضية في قول : إلى جواز تخفيف و نقل عبء الإثبات بأن يكلف المدعى باليمين و يكلف المدعي عليه بالبينة و استدل أصحاب هذا المذهب بأن القاعدة الأصلية جاءت عامة تبين كل ما يكلف به كل طرف من أطراف الدعوى بحسب الأصل، فإذا طرأ أثناء النزاع شيء يكون من مصلحة الدعوى أن ينتقل عبء الإثبات إلى غير المكلف به، فإن القاضي حينئذ يجوز له أن يقوم بهذا العمل بما يراه محققا لإظهار الحق و وصوله إلى صاحبه.

و نجد أن القانون يوافق مذهب الجمهور الذي يقضي بجواز نقل عبء الإثبات من الشخص المكلف به إلى خصمه ما دام هذا النقل في مصلحة الدعوى، حسب ما يراه القاضي أو الخصوم محققا للغاية التي ينشدها أطراف الدعوى من حسم النزاع و قطع الخصومة على نحو يتماشى مع ما تقضي به قواعد العدالة.

كما ان هناك اختلاف في جواز رد اليمين : فالحنفية لا يجيزون الرد و المالكية و الشافعية يوجيزونه إذا نكل المدعي، و ابن تيمية لا يجيز الرد إلا فيما يقع تحت علم المدعي، و جاء في البدائع في الخلاف ما بين الحنفية و الشافعية في هذه المسألة ما يأتي : " فإن نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فإن القاضي يقضي عليه عندها، و عند الشافعي رحمه ا لا يقضي بالنكول و لكن يرد اليمين إلى المدعي فيأخذ حقه و

---

[1] أنظر الدكتور مد فتح ا النشار – ا رجع السابق – ص 278.

احتج الشافعي رحمه ا بقول النبي (ص) :"البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه" فجعل البينة حجة المدعي و اليمين حجة المدعى عليه و لم يذكر (ص) النكول فلو كان حجة المدعي لذكره. و المعقول أنه يحتمل أنه نكل لكونه كاذبا في الإنكار فاحترز عن اليمين الكاذبة. و يحتمل أنه نكل مع كونه صادقا في الإنكار تورعا عن اليمين الصادقة، فلا يكون حجة القضاء مع الشك و الاحتمال. لكن يرد اليمين إلى المدعي ليحلف فيقضى له، لأنه يرجح الصدق في دعواه بيمينه... " و لنا انه ظهر صدق المدعي في دعواه عند نكول المدعي عليه، فيقضى له كما لو أقام البينة و دلالة الوصف أن المانع من ظهور الصدق في خبره إنكار المدعي عليه، وقد عارضه النكول فزال المانع للتعارض فظهر صدقه في دعواه ..." ويتجلى من هذا النص أن الرد في الفقه الإسلامي لا يكون بناء على طلب من وجهت إليه اليمين، بل إن هذا ليس أمامه إلا أن يحلف أو أن ينكل، فإن نكل وجب على القاضي – عند غير الحنفية – أن يرد اليمين على المدعي[1].

3- آثار النكول عن اليمين :

إذا امتنع من وجهت إليه اليمين أو ردت عليه عن حلفها، فإن هذا الإمتناع يعد نكولا عن اليمين يترتب عليه أن يخسر الدعوى و يحكم لخصمه فيها، و هذا ما نصت عليه المادة 347 من القانون المدني الجزائري بقولها : " كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه و كل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه". و النكول قد يكون صريحا و قد يكون ضمنيا يستفاد من سلوك الخصم، فيعتبر نكولا عن أداء اليمين حضور من وجهت إليه اليمين و امتناعه عن أدائها دون أن ينازع فيها أو تخلفه عن الحضور دون عذر مقبول[2]. فالنكول يكون بمثابة إقرار، وتكييفه هو تكييف الإقرار.

و قد ينكل الخصم عن الحلف، ولكنه يضيف إلى هذا النكول واقعة من شأنها أن تعطل من أثر هذا النكول، مثل ذلك أن يوجه الخصم إلى خصمه اليمين أنه ما اقترض

---

1 عبد الرزاق أ د السنهوري – ا رجع السابق – ص 564 - 565

2 أنظر د/ مد حسن قاسم – الإثبات ا واد ا دنية و التجارية – ص 290.

منه المبلغ المدعى به، فينكل من وجهت إليه اليمين، و لكنه يضيف أن دين القرض هذا قد انقض بالتجديد، فهنا يعتبر النكول إقرارا بواقعة القرض، و لكنه إقرار مركب، إذ أضيفت إليه واقعة أخرى لاحقة هي واقعة التجديد، و يكون حكم النكول في هذه الحالة حكم الإقرار المركب و هو هنا إقرار غير قابل للتجزئة، و يترتب على ذلك أن الخصم الذي وجه اليمين إما أن يطرح النكول بشقيه و يقوم بإثبات القرض بطريق آخر غير اليمين، فعلى خصمه عندئذ يقع عبء إثبات وقوع التجديد و إما أن يستبقي الشق الأول من النكول و هو الإقرار بالقرض على أن يثبت هو عدم وقوع التجديد[1].

تطبيقات قضائية لليمين الحاسمة:

لربط الجانب النظري بالتطبيقي اخترنا في مجال اليمين الحاسمة قرار للمحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1996/07/09 ملف رقم 134.417 [2] و التي جاء فيها :

" من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الأمتعة بين الزوجين توجه اليمين الخاصة بالأمتعة للزوجة و من ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

و لما كان ثابتا في قضية الحال – أن النزاع قائم بين الطرفين حول الأمتعة و أن الزوج طالب بتوجيه اليمين للزوجة على عدم ترك أمتعتها في البيت الزوجي فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتوجيه اليمين الحاسمة للزوجة المطلقة التي لا توجه من قبل القضاة، بل بطلب من الأطراف بدل اليمين الخاصة بالأمتعة المنصوص عليها في المادة 73 من قانون الأسرة، فإنهم خرقوا القانون و أخطأوا في تطبيقه و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه...

تعليق :

اخترنا هذا القرار لأنه يثير إشكالية الخلط في اليمين، فهناك اليمين الحاسمة و اليمين المتممة كما يوجد يمين خاصة ينص عليها المشرع في حالات خاصة مثل حالة

---

1 أنظر السنهوري – المرجع السابق – ص 570.

2 أنظر قرار المحكمة العليا – المجلة القضائية – العدد 2 – سنة 1998 – ص 73. – أنظر الملحق-

المادة 73 من قانون الأسرة، و التي تتعلق بالنزاع في متاع البيت، كما توجد يمين الإنكار المستمدة من القاعدة العامة "البينة على المدعي و اليمين على من أنكر". فيستوجب على القاضي الحيطة و الحذر في توجيهها و لهذا مع افتراض علمه بعنصر القانون، يجب أن يتأكد من توفر شروط كل منها حتى لا تختلط عليه الأمور فيعرض قراره للنقض.

- و بنظرة تحليلية لهذا القرار الذي يدور نزاعه حول متاع البيت، و جاء في القرار أن الزوج لم يطالب بتوجيه اليمين الحاسمة لزوجته، بل طالب بأن توجه إليه اليمين على عدم ترك المطلقة لديه الأمتعة التي تطالب بها و اعترف بقائمة قدمها و أبدى استعداده لرد ما ورد فيها إلى مطلقته على أن يؤدي اليمين حول عدم ترك غيرها من الأمتعة لديه[1].

و رغم عدم توفر شروط أداء اليمين الحاسمة، إلا أن القضاة قاموا بتوجيهها إلى الزوجة، و إن من أهم شروط أداء اليمين الحاسمة أن يطلبها احد الخصمين، ولا يجوز للقاضي أن يوجهها من تلقاء نفسه، و هذا سبب نقض القرار.

كما انه كان عليهم توجيه اليمين الخاصة المنصوص عليها بالمادة 73 من قانون الأسرة و التي تنص على ما يلي : " إذا وقع النزاع الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، و المشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين ".

- و نستنتج من نص المادة أن اليمين الخاصة توجه لأحد الزوجين في حالة وجود نزاع حول ملكية متاع البيت، أي المتاع الموجود و لا ينكر أحد الخصمين وجوده بل يدعي كل منهما ملكيته للمتاع، و هنا ميدان تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة.

- أما في القرار الحالي فإن الزوج ينكر وجود بعض من المتاع و يعترف بوجود البعض و مع استعداده لرده للزوجة المطلقة.

و هنا في رأينا لا تتوفر شروط اليمين الحاسمة لأنه لم يطلبها احد الخصوم، كما انه لا تتوفر شروط اليمين الخاصة لأن الزوج لا يدعي ملكيته لمتاع موجود بل هو ينكر

---

[1] حيثيات مأخوذة من نفس القرار- أنظر ا لملحق –

أصل وجود بعض المتاع، و لهذا طالب بتوجيه اليمين له ليدعم إنكاره، و من هنا يتضح الأمر بأنه كان على القضاة تطبيق القاعدة العامة في الإثبات : " اليمين على من أنكر " و ليس في تطبيقها استجابة لطلب الزوج بل لأن المطلقة ليس لها بينة على وجود هذا المتاع، أي أن المتاع غير موجود أصلا.

و لتدعيم رأينا نستشهد بقرار من المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 216.836[1]. الذي جاء فيه ما يلي:" حيث أنه في حالة إنكار وجود الأمتعة المطالب بها عند أحد الزوجين ستطبق القاعدة العامة البينة على من ادعى و اليمين على من انكر " و ليس المادة 73 من قانون الأسرة التي تطبق عندما يدور النزاع حول ملكية الأمتعة المطالب بها و بذلك فقضاة الاستئناف قد أصابوا لما حكموا بأن قاضي الدرجة الأولى عندما وجه اليمين للمدعية قد خالف القاعدة العامة البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر. باعتبار أن المدعي عليه أنكر وجود المتعة المطالب بها و لكن كما على قضاة الموضوع تطبيق هذه القاعدة العامة و توجيه اليمين للمدعي عليه عوضا عن رفض الدعوى في الحال – الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالته لنفس المجلس".

و استكمالا للتعليق على القرار الأول فإن على القاضي أن يحدد المدعي و المدعى عليه في الإثبات فرغم أن رافع الدعوى هو الزوج و هو المدعي في القرار الأول إلا أنه مدعي عليه في الإثبات لأن المطلقة ادعت وجود المتاع و هو أنكر وجوده فتغير موقفه في الدعوى و أصبح مدعي عليه...

و ما يمكن ملاحظته أن إشكالية الخلط في تطبيق اليمين موضوع يستدعي البحث نفتح فيه المجال للراغبين في إثراء هذا الموضوع.

المطلب الثاني : دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب اليمين المتممة :

[1] أنظر القرار رقم 216.836 – ا لة القضائية العدد ا اص الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية 2001 - أنظر ا لحق -

اليمين المتممة هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليكمل بها إقتناعه . عندما يقدر عدم كفاية الأدلة التي يقدمها الخصم وجاء في نص المادة 348 من القانون المدني الجزائري : " للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به"[1] وقد جعل القانون للقاضي على خلاف العادة دورا إيجابيا في الإثبات فأباح له إذا لم يقدم أي من الخصمين دليلا كافيا على ما يدعيه أن يختار منهما من يرجح عنده صدق قوله، فيوجه إليه يمينا يتمم بها أدلته غير الكافية، ومن ثم سميت اليمين باليمين المتممة .

وتختلف اليمين المتممة إختلافا جوهريا عن اليمين الحاسمة في أن اليمين الأولى يوجهها القاضي للخصم، ولا يوجهها إلا إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل، ولا يتحتم عليه أن يأخذها بما تؤدي إليه من حلف أو نكول فقد يرفض طلب من حلف ويجيب طلب من نكل، ثم إن مهمة اليمين المتممة غير مهمة اليمين الحاسمة، فاليمين المتممة إنما توجه لإستكمال أدلة ناقصة، اما اليمين الحاسمة فتكون وحدها دليلا يستبعد أي دليل آخر.

وإذا كان توجيه اليمين الحاسمة من الخصم إلى خصمه هو تصرف قانوني بإرادة منفردة .فتوجيه اليمين المتممة من القاضي ليس إلا واقعة مادية يلجأ إليها القاضي لإستكمال الأدلة، فهي طريق من طرق الإثبات ذات القوة المحدودة وذات الأثر التكميلي ولا تنطوي على أي تصرف قانوني. وسنعالج في هذا المطلب سلطة القاضي الواسعة في توجيه اليمين المتممة، ثم موقف القاضي من النتائج المترتبة على توجيه.

أولا : سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة :

---

[1] د نفس مع ا ادة التشريعات العربية – أنظر ا ادة 119 اثبات مصري (الإثبات ا واد ا دنية و التجارية د/ مد حسن قاسم) ص 291.قانون البينات السوري ا ادة 121 التقن ا د العراقي ا ادة 482 تقن أصول ا اكمات ا دنية اللبنا ا ادتا 238-237

التقن ا د الليـ ا ادة 404التقن ا د الفرنسي ا ادتا 1366 و 1367.عبد الرزاق أ د السنهوري - الوسيط شرح القانون ا د ا ديد – ص 575 و 576.

يشترط القانون لكي يتمكن القاضي من توجيه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كاملا وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل[1] وتوجه اليمين المتممة لأي من الخصمين بحسب تقدير القاضي، فإن رأى القاضي أن أحد الخصمين قدم أدلة على إدعائه في الدعوى أو في الدفع أرجح من أدلة الخصم الأخر وأن كانت في ذاتها غير كافية، ورأى إلى جانب ذلك أن هذا الخصم ذا الدليل الراجح أولى بالثقة والإطمئنان إليه، وجه إليه هو دون الخصم الأخر اليمين المتممة ليستكمل أدلته بها، وإن رأى الخصمين متكافئين في كل ما تقدم فالظاهر أنه يوجه اليمين المتممة إلى المطلوب من الخصمين لا الطالب، لأن الأصل براءة الذمة.

على أن القاضي في كل هذا إنما يسير بحسب اقتناعه وبمقدار ما يطمئن إلى أي من الخصمين دون أن يتقيد بقاعدة معينة ولا يشترط أهلية خاصة في الخصم الذي توجه إليه اليمين بل تكفي فيه أهلية التقاضي لأن اليمين المتممة ليست تصرفا قانونيا بل هي وسيلة من وسائل التحقيق والإثبات. ولا يجوز توجيهها إلى غير خصم أصلي في الدعوى فلا توجه إلى الدائن الذي يرفع الدعوى باسم مدينه بل توجه إلى هذا المدين بعد إدخاله في الدعوى.

- ومعنى ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل:

أي يجب أن يكون في الدعوى مبدأ الثبوت بالكتابة أو بغير الكتابة على حسب الأحوال ذلك أنه إذا كان في الدعوى دليل كامل لم تصبح هناك حاجة لليمين المتممة وقضى لمصلحة صاحب هذا الدليل وإذا كانت الدعوى خالية من أي دليل لم يصح توجيه اليمين لأي من الخصمين لأن هذه اليمين لا توجه إلا لاستكمال أدلة ناقصة فلا تحل مكان أدلة غير موجودة كما هو شأن اليمين الحاسمة وإنما يقضي في هذه الحالة على الخصم الذي خلت دعواه من أي دليل.

والدليل الناقص الذي تكمله اليمين المتممة يختلف باختلاف ما إذا كان الادعاء يجوز إثباته بالبينة والقرائن أو لا بد من الكتابة في إثباته فإذا كان الإثبات جائزا بالبينة

---

[1] أنظر ا ادة 348 من القانون ا د ا زائري.

والقرائن فالدليل الناقص يصح أن يكون بينة أو قرائن ليست كافية لإقناع القاضي فيستكملها باليمين المتممة، ويكون ذلك في ادعاء لا يتجاوز قيمته عشرة جنيهات وكذلك في جميع المواد التجارية.

أما إذا كانت الإثبات واجبا، فالدليل الناقص يجب أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة لا مجرد بينة أو قرائن إلا في الحالات التي تجوز فيها البينة والقرائن بدلا من الكتابة لمسوغ قانوني كما إذا كان هناك مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت الكتابة بسبب أجنبي بعد الحصول عليها.

وإذا كانت الواقعة التي يحلف عليها الخصم هي تلك التي تكمل دليله ليثبت ادعاؤه دعوى كانت أو دفعا فهي إذن لا بد أن تكون واقعة غير مخالفة للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب ويجب أن يكون من شأنها أن تكمل الدليل الناقص في تقدير القاضي[1].

ويغلب أن تكون الواقعة التي يحلف عليها الخصم اليمين المتممة هي واقعة الادعاء بأجمعها كأن يحلف الدائن أن له في ذمة المدين مبلغ كذا بسبب القرض ولكن لا شيء يمنع من أن تكون الواقعة مجرد قرينة من شأنها إذا ثبتت أن تضاف إلى أدلة أخرى موجودة فيثبت المدعى به بمجموع هذه الأدلة، و مثال ذلك أن يحلف المدين يمينا متممة على أنه أقرض الدائن بعد حلول الدين المدعى به مبلغا من المال ليستخلص من واقعة القرض قرينة تضاف إلى مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات براءة ذمة من الدين المدعى به.

1- إمكانية رجوع القاضي عن توجيه اليمين :

إذا قام القاضي بتوجيه اليمين المتممة إلى أحد الخصمين ثم بدا له بعد ذلك أن يرجع بأن كشف عن أداة جديدة أكملت الأدلة الناقصة أو نقضتها فلا يسوغ توجيه اليمين المتممة جاز له الرجوع بل يجوز له الرجوع لمجرد أن يكون قد غير رأيه دون حاجة إلى الكشف عن أدلة جديدة أكملت الأدلة الناقصة أو نقضتها فلم يعد هناك مسوغ لتوجيه اليمين جاز له الرجوع بل يجوز له

---

[1] رغم أن ا لشرع ا لزائري يفرد مادة خاصة كما فعل اليم ا لا ة إذا نص على أن تكون الواقعة الفة للنظام العام إلا أن حكم ا ادة 344 من القانون ا لد تنطبق على اليم ا لتممة لعدم تصور أن تكون الواقعة الفة للنظام العام .

الرجوع لمجرد أن يكون قد غير رأيه دون حاجة إلى الكشف عن أدلة جديدة فقد يعيد النظر في تقدير الأدلة الموجودة فيراها كاملة وكان يظنها قبل توجيه اليمين ناقصة أولا يرى فيها دليلا بعد أن كان يظنها أدلة ناقصة فيرجع غندئذ عن توجيه اليمين المتممة بعد أن يكون قد وجهها.

ولم ينص القانون المدني الجزائري صراحة على إمكانية رجوع القاضي في اليمين المتممة إلا أن المنطق يستدعي ذلك إذ نصت المادة 348 على لأن : " للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به"، فيفهم منها أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في اللجوء إليها ومادام الغرض منها هو لبناء حكمه في الدعوى وعليه إذا رأى أن اللجوء إليها لا يفيد في ذلك شيئا يستطيع الرجوع فيها.

2- اليمين المتممة وسيلة للتخفيف من حدة التنظيم القانوني للإثبات:

يذهب الفقيهان " **أبرى" و" رو**" إلى أنه كان الأولى بواضعي التقنيين المدني الفرنسي عدم الإحتفاظ باليمين المتممة ويقولان في هذا الصدد ما يأتي : " قد يكون من الخطأ أن واضعي التقنيين المدني استبقوا اليمين المتممة فإن فيها عيبا خطيرا إذا هي تجعل للقاضي سلطة في أن ينقل من تلقاء نفسه وبإرادته وحده البت في الدعوى من منطقة القانون إلى منطقة الضمير".

لكن جاء في صدد الدفاع عن إستبقاء اليمين المتممة في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنيين المصري ما يأتي : " نص التقنيين الفرنسي المادة 1366 على اليمين المتممة واتبعت في ذلك التقنيين الإيطالي المادة 1374 والتقنيين الهولندي المادة 1977 والتقنيين المصري المادة 223 و288 والتقنيين البرتغالي المادة 2533 ثم أبقى واضعوا المشروع الفرنسي الإيطالي (المادة 319) على هذه اليمين رغم ما وجه إليها من نقد".

وقد أشار بعض الفقهاء بوجوب حذف اليمين المتممة لأن المروءة متى توافرت فلا حاجة لليمين لصد الخصم عن المطالبة بغير وهي إذا انتفت لم يستشعر الخصم حرجا من الحنث فيها.

ثم إن القاضي لا يحتاج إلى اليمين لتمكين الاطمئنان من نفسه، لأن من يخفق في إثبات دعواه يبوء بالخسارة. و لا يستشعر القاضي حرجا في القضاء لخصمه عليه، لأنه ينزل في ذلك على حكم القانون، بيد أن هذا النظر يغفل خصائص اليمين بوصفها طريقا للإثبات و طبيعة هذا اليمين و الغاية منها، لأن اليمين طريقة اضطرارية، فيمكن للقاضي من الالتجاء إليها في ظل الضمانات التي يقررها القانون، أي حيث لا يكون الطلب أو الدفع مجردا من كل دليل و حيث يكون هذا الدليل غير كاف في ذاته.

و يراعى أن اليمين نظام تقتضيه العدالة فهي و الحال هذه عامل يعين على سير العدالة، فضلا على أن القانون يترك للقاضي حرية التقدير بشأن ضرورة توجيهها و تعيين من توجه إليه من الخصوم.

و غني عن البيان أن هذا التقدير ينبغي أن يناط بوجه خاص بما يتوافر في الخصم من بواعث الثقة، ولهذا لم ير وجه للتنويه بعدم جواز توجيه اليمين المتممة إذا كان من توجه إليه غير أهل لأي ثقة كما يفهم ذلك من عبارة المادة 2533 فقرة 03 من التقنين البرتغالي، و يلاحظ أن اليمين شرعت لعلاج مساوىء نظام تقييد الدليل و نظام حيدة القاضي إزاء دعاوى الخصوم، فيجب و الحال هذه أن تؤدى وظيفتها كاملة، هذا و يلاحظ من الناحية العملية أن القاضي لا يلجأ إلى اليمين المتممة إلا في كثير من الحيطة و الاعتدال، بعد تقدير جدوى هذا اليمين تقديرا يعتد فيه بشخصية الخصم، إزاء كل أولئك رؤى الإبقاء على اليمين المتممة في نصوص المشروع[1] ، و يستتبع الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري بالقول أنه:" لعل خير دفاع عن اليمين المتممة هي أنها وسيلة للتخفيف من حدة التنظيم القانوني للإثبات فهي توسع أمام القاضي بمرونتها ما ضاق بسبب جمود هذا التنظيم".

---

[1] عبد الرزاق أ د السنهوري – ا رجع السابق – ص 574،573.

ثانيا: موقف القاضي من النتائج المترتبة على توجيه اليمين المتممة:

إن من وجهت إليه اليمين المتممة لا خيار له فإما أن يحلف أو ينكل. و لا يستطيع أن يرد اليمين على الخصم الآخر. ذلك لأن اليمين موجهة إليه من القاضي لا من الخصم الآخر. و لأنها تكميلية لاقناع القاضي و ليست احتكاما إلى ضمير الخصم حتى يجوز لهذا ردها ليحتكم هو إلى ضمير خصمه.

و تنفي المادة 349 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على خصمه.". و هذا النص الذي تقابله المادة 1368 من التقنين المدني الفرنسي و التي تنص على:"اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين لا يجوز ردها من هذا الخصم على الخصم الآخر."[1]

« *Le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties ne peut être par elle référé à l'autre.* »

فالخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة لا مناص له إذن من أحد موقفين:الحلف أو النكول. و إذا مات من وجه إليه القاضي اليمين المتممة قبل أن يحلفها، اعتبر الحكم بتوجيهها كأن لم يكن. و للقاضي أن يفصل في النزاع دون يمين متممة. أو أن يوجه هذا اليمين إلى الخصم الآخر. أو أن يوجه يمينا متممة بعدم العلم إلى ورثة الخصم الذي مات. و يتفق الحكم في أن اليمين لا تعتبر مردودة إلى الخصم الآخر في كل من اليمين الحاسمة و اليمين المتممة. فإذا مات من وجهت إليه اليمين الحاسمة قبل أن يحلفها، لم تعتبر اليمين مردودة على الخصم الآخر لأن رد اليمين ليست إلتزاما تخييري بل هو إلتزام بدلي. فيتفقان لكن السبب مختلف: في اليمين الحاسمة، الالتزام برد اليمين ليس إلا التزاما بدليا و في اليمين المتممة الالتزام برد اليمين لا وجود له أصلا.

[1] و يقابل هذه ا ادة التقنينات ا دنية العربية ا ادة 416 من التقن ا د ا صري و ا ادة 124 من قانون البيانات السوري و ا ادة 485 من التقن ا د العراقي و ا ادة 239 من تقن أصول ا اكمات ا دنية اللبنا و ا ادة 405 من التقن ا د للملكة الليبية ا تحدة و التقنينات الأوروبية د ا ادة 1376 من التقن الإيطا و ا ادة 1980 من التقن ا ولندي و ا ادة 2534 من التقن ال تغا .

1- حلف اليمين المتممة:

والغالب أن الخصم إذا حلف اليمين المتممة قضى القاضي لصالحه إذ يكون بهذا الحلف قد استكمل الأدلة التي كانت ناقصة. وأقنع القاضي بصحة ادعائه. ولكن إذا ثبت بحكم جنائي كذب اليمين. جاز للخصم الآخر أن يطالب بتعويض مدني. وهذا دون إخلال بالطعن في الحكم الذي صدر تأسيسا على اليمين المتممة بطريق الاستئناف أو بطريق التماس إعادة النظر.

على انه ليس حتما على القاضي، بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة. أن يقضي لصالحه. فقد يقع أن القاضي بعد حلف اليمين و قبل النطق بالحكم، يقف على أدلة جديدة تقنعه بأن ادعاء الخصم الذي حلف اليمين يقوم على غير أساس. فيحكم ضده بل ليس من الضروري أن يكشف القاضي أدلة جديدة. فقد يعيد النظر في القضية بعد الحلف وقبل الحكم. فيقتنع بغير ما كان مقتنعا به عند توجيه اليمين المتممة فيقضي ضد من حلف.

2-النكول على اليمين المتممة:

- إذا نكل الخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة، فإن الأدلة الناقصة التي كان قد قدمها لإثبات ادعائه تبقى ناقصة كما كانت بل ان الريبة لتزداد في صحة ادعائه بعد أن نكل. من أجل ذلك يغلب أن يقضي ضده، ويرى الأستاذ السنهوري أنه يجوز للقاضي بعد أن نكل الخصم الذي وجه إليه اليمين المتممة أن يوجه هذه اليمين إلى الخصم الآخر. لا سيما بعد أن تعززت أدلة هذا الخصم الآخر بنكول خصمه[1]. ولكن ليس من المحتم هنا أيضا أن يقضي ضده. فقد تظهر بعد نكوله أدلة جديدة تكمل أدلته الناقصة. فيقضي لصالحه بالرغم من النكول بل قد لا تظهر أدلة جديدة ولكن القاضي يعيد النظر في الأدلة التي كان يحسبها ناقصة فيرجع عن رأيه ويقدر أنها أدلة كافية، فيقضي هنا أيضا لصالحه.

---

[1] عبد الرزاق أ د السنهوري – ا رجع السابق – ص 586.

و في هذا الإطار تزداد المطاعن على اليمين المتممة إذ كيف يتأتى أن يوجه القاضي من تلقاء نفسه اليمين المتممة إلى الخصم فيحلفها، و يتخذ من ا عز وجل شاهدا على ما قال ثم لا يأخذ بها القاضي بعدئذ أو يطرحها جانبا.

وإذا كانت أدلة الدعوى ناقصة غير كافية، ووجه القاضي اليمين المتممة، أفلا يكون من الأوفق أن يصدر حكمه على نحو ما انتهت إليه نتيجة توجيه اليمين. وإلا فما كان في حاجة إلى توجيهها خاصة و أنه هو الذي يختار الخصم الذي توجه إليه ويقدر مقدما مدى ملائمة توجيهها إليه من كافة النواحي[1].

3- صور خاصة من اليمين المتممة:

و من الصور الخاصة باليمين المتممة ما يلي: أ- يمين الإستيتاق ب- يمين الإستظهار ج- يمين التقويم. و الأحكام التي تكلمنا عليها سابقا تتعلق باليمين المتممة الأصلية فتنقسم اليمين المتممة إلى يمين متممة أصلية (*serment supplitif:* *suplétoire*)و يمين إستيتاق و يمين استظهار (*serment libératoire*)ويمين تقويم(*serment en plaids.ad litem. estimatoire*)[2].

فاليمين المتممة الأصلية كاليمين الحاسمة تكون إما على واقعة شخصية و إما على عدم العلم.

فإذا كانت على عدم العلم سميت يمين عدم العلم، وفي يمين الإستيتاق و يمين الإستظهار، توجيهها إجباري على القاضي. و هو جوازي في اليمين المتممة الأصلية. و الذي توجه إليه اليمين هنا هو أحد الخصمين بالذات يعينه القانون. و اليمين المتممة الأصلية توجه لأي من الخصمين. و لا يملك القاضي هنا إلا أن يقضي لمصلحة من حلف اليمين. و هو لا يتقيد بذلك في اليمين المتممة الأصلية و هذه الفروق تقرب يمين الإستيتاق و يمين الاستظهار من اليمين الحاسمة و تبعدهما عن اليمين المتممة.

---

[1] أ د أبو الوفا – ا رجع السابق – ص 240

[2] أنظر أ د عبد الرزاق السنهوري – ا رجع السابق – ص 587.

و يعتبر الأستاذ سليمان مرقس يمين الإستيتاق يمينا حاسمة. و لكن مهمة كل من هاتين اليمينين هي التي تلحقها باليمين المتممة إذ هي إتمام دليل يراه القانون ناقصا فيريد أن يستكمله بهذه اليمين.

و يمين التقويم يمين خاصة لا توجه إلا في تقويم شيء معين عندما يستعصى تقويمه بطريق آخر. و هي أيضا تنحرف في أحكامها عن أحكام اليمين المتممة الأصلية في أنها لا توجه إلا إلى المدعي. و في أن موضوعها لا يكون إلا التقويم و توجد في الفقه الإسلامي يمين متممة هي يمين المدعي إذا لم يكن عنده إلا شاهد واحد فيقضي له القاضي بشاهده و يمينه. فتكون اليمين متممة للشهادة، و هذا ما ذهب إليه مالك و الشافعي و أحمد لما روى أنه عليه السلام قضى بشاهد و يمين و خالف أبو حنيفة- فلم يجز القضاء بشاهد و يمين .

و اليمين عند القائلين بالجواز تكمل شهادة الشاهد، والقضاء أنما يكون بالشاهد واليمين معا[1]. وسنأتي إلى شرح هذه الصور كما يلي:

أ- يمين الإستيثاق: نص القانون على هذه اليمين على أنها قد تكون يمينا على عدم العلم:

1* قد نصت المادة 312 الفقرة الأخيرة من القانون المدني على انه:" يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة أن يحاف اليمين على أنه أدى الدين فعلا وهذه اليمين توجه تلقائيا من القاضي إلى ورثة المدين أو إلى أوصيائهم إن كان الورثة قاصرين على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء"[2].

والقانون بعد أن جعل بعض الحقوق تتقادم بمدة قصيرة جدا هي سنة[3] فقط و جعل من هذا التقادم قرينة على الوفاء أراد أن يعزز هذه القرينة وقد اعتبرها دليلا غير كامل

---

[1] عبد الرزاق أ د السنهوري – ا رجع السابق – ص 577.

[2] و يقابل هذه ا ادة القانون ا صري ا ادة 378.

[3] ا قوق ا تتقادم بسنة هي ا ذكرت ا ادة 312 " تتقادم بسنة واحدة ا قوق التالية : حقوق التجار و الصناع على ؟أشياء وردوها لأشخاص لا يتاجرون فيها، و حقوق أصحاب الفنادق و ا طاعم عن أجر الإقامة و ن الطعام و كل ما صرفوه ساب عملائهم و ا بالغ ا ستحقة للعمال و الأجراء الآخرون مقابل عملهم.

بيمين متممة يحلفها المدين على واقعة شخصية له، هي أداؤه الدين فعلا. فإذا كان قد مات، خلفه الورثة أو أوصيائهم إن كان الورثة قصرا بيمين عدم العلم بأنه لا يعلمون بوجود الدين، أو بيمين العلم بأنهم يعلمون بحصول الوفاء. ويرى الأستاذ السنهوري أن يمين الاستيثاق تكون في بعض صورها يمينا على واقعة شخصية. و في صور أخرى يمينا على عدم العلم.وتبقى في الحالتين يمين إستيثاق. ويمين عدم العلم لا تختص بيمين الاستيثاق. بل هي قد تكون أيضا في اليمين الحاسمة وفي اليمين المتممة الأصلية. فلا يجوز إذن الخلط ما بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق.

وخصائص يمين الاستيثاق والتي نحن بصددها هي يمين إجبارية لابد للقاضي من أن يوجهها إلى المدين أو إلى ورثته. وتوجه إلى هؤلاء دون الدائن، وإذا حلفها من وجهت إليه كسب الدعوى حتما. على أنها تبقى بعد كل ذلك يمين متممة لا يمين حاسمة[1]. فهي تختلف اختلافا جوهريا عن اليمين الحاسمة في أنها ليست هي الدليل الوحيد في الدعوى. بل هي دليل تكميلي يعزز الدليل الأصلي و هو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين. على أن هناك رأيا يذهب إلى أن اليمين هنا يمين حاسمة إجبارية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه في حق تقادم بمدة قصيرة و التقادم يقوم على أساس قرينة الوفاء. فهي قرينة قانونية قاطعة لا يجوز دحضها إلا بالإقرار أو بالنكول عن هذه اليمين .

2* وقد نصت المادة 327 من القانون المدني الجزائري على انه:" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط و إمضاء أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار. ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق"[2].

ويتكلم هذا النص عن يمين تتمثل في أنها يمين على عدم العلم، ثم إنها لا تعزز دليلا أصليا في الإثبات، بل هي تساعد الورثة على اتخاذ موقف المنكر للورقة العرفية

---

[1] وهذا ما ذهب إليه السنهوري الصفحة579

[2] تقابلها ا ادة 394 من التقن ا د ا صري.

فهي لا تثبت شيئا و لكنها تنشئ موقفا. بيد أنها على كل حال يمين متممة من نوع خاص، إذ يستكمل بها من حلفها الشروط القانونية اللازمة لدفع حجية الورقة العرفية في الإثبات.

ب- يمين الاستظهار: هذه اليمين لم ينظمها المشرع الجزائري وهي توجد في التقنين المدني العراقي أخذها عن الفقه الإسلامي. ونص عليها في المادة484 ونقل قانون البينات السوري هذا النص وأضاف إليه حالة رابعة[1]. ويمين الاستظهار في الأحوال المنصوص عليها في المادة 484 من التقنين المدني العراقي إنما هي يمين متممة. ولكنها يمين متممة لها خصائص يمين الاستئناق. فهي يمين إجبارية يوجهها القاضي إلى خصم بالذات يعينه القانون، و إذا حلفها الخصم كسب حتما دعواه.

ج- يمين التقويم: *le serment estimatoire*. يمين التقويم صورة خاصة لليمين المتممة تناولها المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 350 كما يلي:" لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى".

و يحدد القاضي حتى في هذه الحالة حدا أقصى للقيمة التي يصدق فيه المدعي بيمينه"[2]

و موضوع يمين التقويم هو تقدير قيمة شيء واجب الرد و تعذر رده فيقضي بقيمته، مثل ذلك أيضا بيع أو إيجار فسخ و تعذر رد المبيع أو العين المؤجرة بتقصير من

---

[1] تنص ا ادة 484 من التقن ا د العراقي على ما يلي:" لف ا كمة من تلقاء نفسها الأحوال الآتية:أ- إذا ادعى أحد التركة حق و أثبته فتحلفه ا كمة الإستظهار على أنه يستوف هذا ا ق بنفسه و لا بغ ه من ا يت بوجه. و لا أبرأه و لا أحاله على غ ه. و لا استو دينه من الغ . و ليس للميت مقابلة هذا ا ق رهن.ب- إذا استحق أحد ا ال و أثبت دعواه حلفته ا كمة على أنه يبع هذا ا ال و يهبه لأحد و رجه من ملكه بوجه من الوجوه.ج- إذا أراد ا شتري رد ا بيع لعيب،حلفته ا كمة على أنه يرض بالعيب صراحة أو دلالة" و أضاف قانون البينات السوري ا ادة 123 حالة رابعة هي :" إذا طالب الشفيع بالشفعة حلفته ا كمة بأنه يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه"

[2] و يقابل هذه ا ادة التقنينات ا دنية العربية. – التقن ا د ا صري ا ادة 417 . قانون البيانات السوري ا ادة 122 – التقن ا د العراقي ا ادة 483 – تقن أصول ا اكمات ا دنية اللبنا ا ادة 240 – التقن ا د للملكة الليبية ا تحدة – التقن ا د الفرنسي ا ادة 1369 : " لا يوجه القاضي اليم إ ا دعي على قيمة الشيء ا طلوب غلا إذا استحال تقديرها بطريق آخر و ح هذه ا الة يع القاضي حدا أقصى للمبلغ الذي يصدق فيه ا دعي بيمنيه. (عبد الرزاق أ د السنهوري – ص 594).

المشتري أو المستأجر فيقضي بالقيمة للبائع أو المؤجر. ولكن هذه القيمة استحال تقديرها بأي طريق ولو بطريق الخبراء على أساس تعيينها بالوصف- فلم يعد مناص من الرجوع في قيمتها إلى المدعي-. فيوجه إليه القاضي يمين التقويم. ومن هنا نرى أن الخصم الذي توجه إليه هذه اليمين هو دائما المدعي الذي يطالب باسترداد الشيء دون المدعى عليه المطلوب منه الرد. ثم إن موضوع اليمين هو دائما المبلغ الذي يقدر به المدعي قيمة الشيء المطلوب رده على أن لا يجاوز هذا المبلغ حدا أقصى يعفيه القاضي بحسب تقديره وفقا لما يستخلصه من ظروف الدعوى.

ويأتي " كولان " و " كابيتان " بمثل لذلك : " يفقد شخص حقيبته أثناء نقلها بسكة الحديدية بخطأ من الشركة، فيحلف يمين التقويم على قيمة ما كانت هذه الحقيبة تشمل عليه من متاع"1.

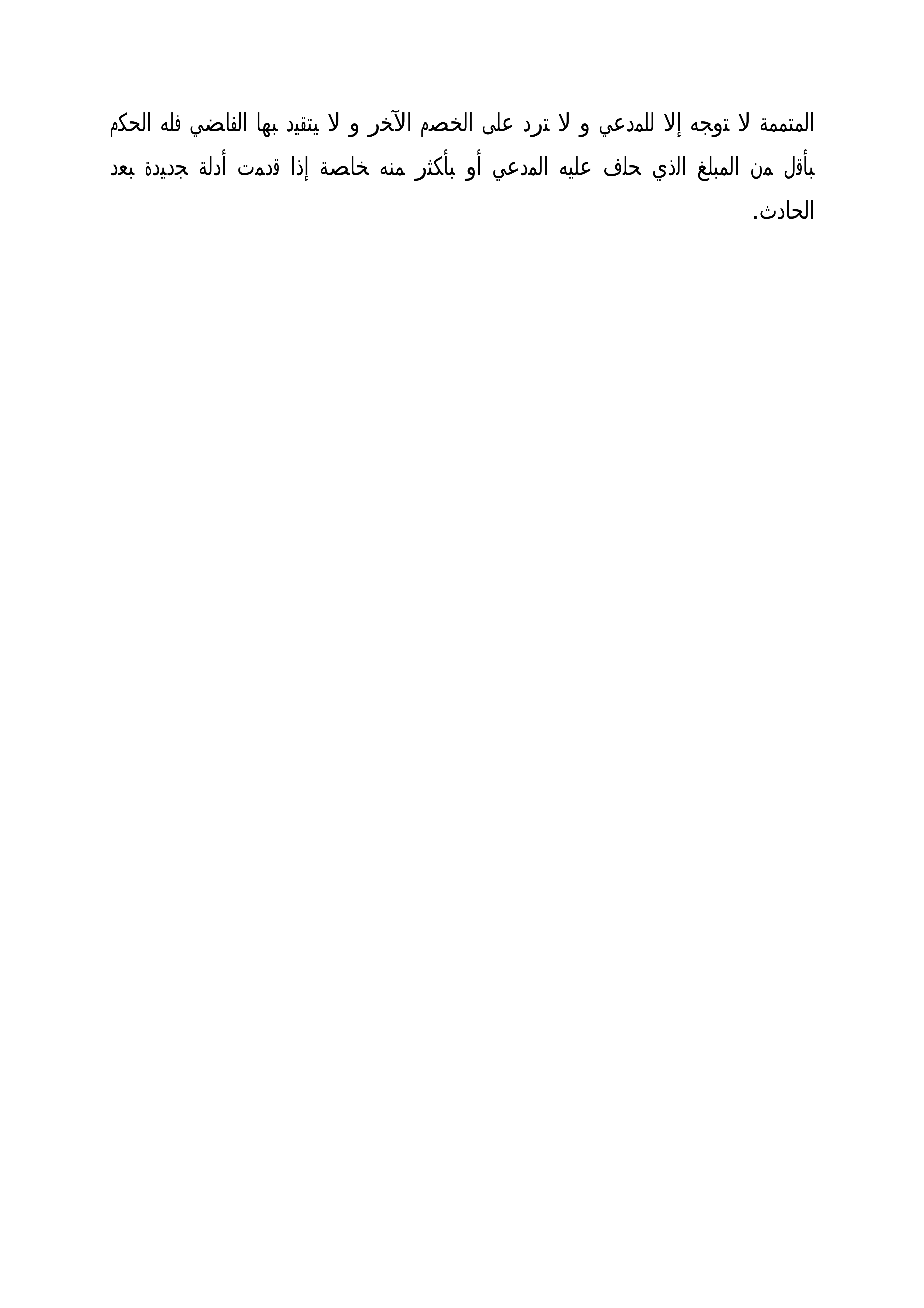
ويقرر الفقيهان "أوبري" و " رو" أن القاضي لا يعتبر إلا قيمة الشيء الحقيقية لا قيمة ذاتية بالنسبة إلا المدعي ويدخل في هذا الاعتبار، ما أصاب المدعي من ضرر من جراء تفويت الفرصة عليه في استرداد الشيء عينا، ويجوز للقاضي في تقدير الحد الأقصى الذي يعينه للمدعي للحاف عليه، أن يلجأ إلا الشهادة بالتسامع.

وقد تكفل النص بتعين الشروط الواجب توفيرها لقبول يمين التقويم فاشترط أولا أن يكون تحديد القيمة بطريقة أخرى متعذرا، واشترط كذلك أن يعين القاضي حدا أقصى للقيمة التي حاف عليها المدعي، وعلى هذا التقييد أن القاضي يركن إلى ذمة المدعي لتقدير قيمة مصالحه الذاتية.

أما في ما يتعلق بالحجية، فيمين التقويم واليمين المتممة سواء، فيمين التقويم لا تقيد القاضي فله أن يقضي بمبلغ أقل من المبلغ المحلوف عليه إذا أحس المبالغة في تقدير هذا المبلغ.

فإذا هلك شيء موضوع عارية أو وديعة فحكم برد قيمته و استحال تقدير هذه القيمة يكون للقاضي تحديد حد أقصى للقيمة التي يصدق عليها المدعي بيمينه، فهذه اليمين

أنظر عبد الرزاق أ د السنهوري - ا رجع السابق - ص 595 1



المتممة لا توجه إلا للمدعي و لا ترد على الخصم الآخر و لا يتقيد بها القاضي فله الحكم بأقل من المبلغ الذي حلف عليه المدعي أو بأكثر منه خاصة إذا قدمت أدلة جديدة بعد الحادث.

تطبيقات قضائية لليمين المتممة بمحكمة معسكر:

في إطار التربص الذي نجريه بمجلس قضاء معسكر و محكمته أردنا أن نربط الدراسة النظرية بشيء من التطبيق في هذا الجانب المتعلق باليمين المتممة. لننقل كيفية العمل باليمين المتممة بهذه المحكمة و لقد وجدنا عدة أحكام أهمها: الحكم المدني الصادر بتاريخ 2003/03/23 تحت رقم الجدول:2003/390 و رقم الفهرس:2003/109 و أهم ما جاء فيه ما يلي:" – حيث ثبت للمحكمة بعد الإطلاع على مذكرات الخصوم و الوثائق المرفقة بالملف أن أساس النزاع يدور حول الطلب المقرض إلزام المقترض بأدائه له مبلغ القرض و ذلك عند رجوع القضية للجدول بعد إجراء جلسة التحقيق المدني.

- حيث أن المدعي و إثباتا لإدعائه قدم للمحكمة بواسطة وكيله شيك مؤرخ في 1992/06/21 تحت الرقم:84317807 يثبت بموجبه أن المدعي سلم للمدعي عليه مبلغ:1500000 دج عن طريق هذا الصك الذي يعتبر أداة وفاء.

-حيث أن المدعى عليه أثناء سماعه في جلسة التحقيق المدني صرح أمام المحكمة أنه بصفته كان إطار متخصص في شؤون المقاولات استعان به المدعي ليتكفل بجميع أمور مؤسسته التقنية و المالية. ويتولى إبرام صفقاتها بتوكيل من المدعي. ونظرا لمجهوداته الجبارة في تسيير شؤون المقاولة، وعده المدعي في شروط توظيفه أن يوفر له مستوى معيشة أحسن من المستوى الذي يوفره له منصبه. ومن بين هذه الوعود أن يشتري له سكنا...الخ.

وقد سلم المدعي للمدعى عليه كثمن لشراء المسكن مبلغ 150 مليون سنتيم عندها تنازل المدعي عليه عن ثمن بيع مسكنه الكائن ببوحنيفية لصالح المدعي و المقدر بـ 25 مليون سنتيم وبالتالي فإن المبلغ المطالب به كان على سبيل المكافئة سلمه المدعي للمدعى عليه عرفانا له لمجهوداته التي قام بها لصالح المؤسسة.

حيث أنه طبقا لما سبق فقد ثبت للمحكمة بعد الإطلاع على محضر التحقيق المدني المؤرخ في:2002/11/24- 2002/12/1 أنه ثمة قرائن قضائية طبقا لنص المادة 340من القانون المدني تعزز دفوع المدعى عليه المتعلقة بكون المبلغ المالي المسلم

للمدعي عليه كان على سبيل المكافئة و ليس على سبيل القرض و المتمثلة في:- أن المبلغ المالي سلمه المدعي للمدعى عليه سنة 1991 ولم يطالب به إلا بعد أن غادر المدعى عليه المؤسسة سنة 2001. كما انه لم يتم تحديد شروط تسديد القرض إذا اعتبرناه قرضا.كما صرح المدعي في جلسة التحقيق المدني بأنه إذا استمر المدعى عليه في العمل في المؤسسة كان من الممكن أن لا يطالب بالمبلغ هذا إلى جانب تحفظه عن الإجابة في سؤال تم توجيهه له حول ما إذا كان قد حضر عملية بيع المسكن و كذا مجاس العقد أمام الموثق و عليه فإن المحكمة و تعزيزا لقناعتها ترى و قبل الفصل في الموضوع توجيه اليمين المتممة للمدعي عليه يؤديها بالمسجد الكبير بمعسكر بالصيغة المحددة في منطوق هذا الحكم طبقا لنص المادة 348 من القانون المدني[1].

- و بالإضافة إلى هذا الحكم اخترنا حكم آخر للمقارنة بين الحكمين و التعليق عليهما.

*الحكم المدني الصادر عن القسم المدني بتاريخ 2004/11/28 تحت رقم الجدول 2004/115 و رقم الفهرس 2004/287 و أهم ما جاء فيه ما يلي:

" حيث أن جوهر الدعوى يتعلق بطلب تسديد تكاليف أشغال بئر و تهيئة أرض فلاحية و تعويض عن الضرر...

-حيث أن نتائج التحقيق أسندت على تأكيد الشاهدين المستمع إليهما بقيامهما بأشغال تهيئة و حفر البئر بطلب من المرجع في هذه الدعوى و أن المرجع ضده عاين هذه الأشغال و أنهما لم يكونا على علم بأن هذه الأرض التي تقام عليها الأشغال هي ملك له. الأمر الذي يفيد جليا ثبوت قيام المرجع بأشغال في بئر خصمه وأن إنكار خصمه لذلك مردود عليه إلا أن المبلغ المطالب به من قبل المرجع في هذه الدعوى يقع محل توجيه يمين به طبقا للمادة 350 من القانون المدني الجزائري كون الفاتورتين المرفقتين بالملف تثبت أن مبلغ 177000 دج كثمن للعتاد و المواد المستخدمة و من ثمة القول بتوجيه

---

[1] أنظر ا كم الصادر بتاريخ 2003/03/23 عن القسم ا د كمة معسكر با لمحق

اليمين المتممة للمدعي قبل الفصل في الموضوع و هذا طبقا للمادة 348 من القانون المدني يؤيدها بالصيغة التي تحدد بمقتضى منطوق هذا الحكم[1]

التعليـ ـ ـق:

-أصل النزاع في الحكم الأول المؤرخ في 2003/03/23 هو هل المبلغ الموجود بالشيك دفع للمدعي عليه على أساس عقد قرض أم على سبيل المكافأة؟ فيقع عبء إثبات عقد القرض على عاتق المدعي في النزاع و هو المقاول. طبقا للقاعدة العامة" البينة على من ادعى" و لكن القانون لا يطالب منه المستحيل بل يقدم ما يرجح ادعاءاته. و لهذا فإن تقديم المدعي لشيك صرف لحساب المدعي عليه يشكل قرينة قضائية على وجود عقد القرض فهنا توزع عبء الإثبات فأصبح على المدعي عليه عبء تنفيذ هذه القرينة بقرينة براءة ذمته. و قد قدم من بين الدفوع أنه كان يعمل لدى المقاول و أن هذا المبلغ كان على سبيل المكافأة. و ليس على سبيل القرض.و أن مبلغ 25 مليون سنتيم هو قيمة البيت الواقع ببوحنيفية و الذي باعه المدعي عليه.

و هنا تشكلت قرينة قضائية لصالح المدعي عليه كونه كان يعمل لدى المقاول و كان له دور كبير في الأرباح التي حققها المقاول.

و القاضي بعدما تعادلت كفة الطرفين، قام بإجراء تحقيق مدني توصل فيه إلى تعزيز كفة المدعي كونه حقق أرباح هامة للشركة حسب تصريح الشهود و المدعي نفسه. فوجه له اليمين المتممة.

و توجيه القاضي اليمين المتممة للمدعي عليه ليس هو تطبيقا للقاعدة العامة في الإثبات " اليمين على من أنكر" بل هو خروج عن هذه القاعدة لأن القاضي يوجهها لمن تعزز موقفه في الدعوى فقد يكون المدعي وقد يكون المدعي عليه فلا يوجد إنكار بل تأكيد لتصريحات المدعي عليه في الدعوى بأن الشيك هو عبارة عن مكافأة و فقط.

و القاضي هنا بذل دور كبير في تحقيق و توزيع عبء الإثبات بين المتخاصمين واستعمل اليمين المتممة في محلها و وفقا لما ينص عليه القانون.

---

[1] أنظر ا كم الصادر بتاريخ 2004/11/28 عن القسم ا د كمة معسكر با لحق.

أما الحكم الثاني المؤرخ في 2004/11/28 فإن أصل النزاع فيه هو هل كان المدعي عليه صاحب الأرض يعلم بالأشغال التي تقام لبناء البئر؟ و إذا كان يعلم ماهي القيمة الحقيقية لهذه الأشغال ؟

للإجابة على هذين الإشكالين في النزاع القائم ارتأى القاضي أن يجري تحقيقا مدنيا يدعم به موقف أحد الطرفين.

و توصل القاضي بعد التحقيق مع الشهود أن المدعي عليه كان يعلم بإجراء أشغال بناء البئر و لكن بقي الإشكال في تحديد قيمة الأشغال و هنا القاضي لم يعين خبير بل لجأ إلى نص المادة 350 من القانون المدني و استعمل "**يمين التقويم**". و الخصم الذي توجه إليه هذه اليمين هو دائما المدعي الذي يطالب باسترداد المبلغ دون المدعي عليه المطلوب منه الرد و هذا كما رأينا سابقا. و أن موضوع اليمين هو دائما المبلغ الذي يقدر به المدعي قيمة الشيء المطلوب رده. على ألا يجاوز هذا المبلغ الحد الأقصى الذي يعينه القاضي بحسب تقديره. طبقا للمادة 350 ق م ج و لقد حدد القاضي المبلغ في "صيغة حلف اليمين" ب 232.250.00 دج.

و نحن نرى من جانبنا في هذا النزاع أنه يمكن تعيين خبير لتحديد قيمة الأشغال و ذلك أن نص المادة 350 من ق م ج جاء فيه على أنه " لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعي به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى" و لهذا فإنه توجد طريقة أخرى لتحديد المبلغ. و لكن يكون القاضي قد رأى أن هناك صعوبة قد تعترض الخبير للوصول لهذا التقدير أو تجنبا منه لإطالة أمد النزاع. و لكن النص جاء بصيغة الأمر " لا يجوز للقاضي" فكان عليه ذكر الأسباب التي تشكل استحالة في التقييم.

و مهما يكن فإن القاضي قد اجتهد في ذلك و أثار إشكالية المادة 350 ق م ج في تحديد معنى الاستحالة. و كذا مدى إجبارية ذكر الأسباب التي دعته لتطبيقها. و قد يكون في ذلك اجتهاد من المحكمة العليا.

* كما ندعم دراستنا لليمين المتممة بقرارات من المحكمة العليا نذكر منها:

- القرار المؤرخ في 1985/02/06 ملف رقم 33054[1] الذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أن العقد يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء. أما ورثته أو خلفه فيكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون بأن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت- في قضية الحال – أن الطاعن قدم عقدا عرفيا اشترى بواسطته العقار محل النزاع من أبيه المالك فإن قضاة الموضوع بتقريرهم قسمة تركة الهالك دون مراعاة للعقد العرفي و دون توجيه اليمين لبعض الورثة الذين أنكروا بأنهم لا يعلمون نسبة الخط أو الإمضاء لمورثهم يكونون قد خالفوا القانون.

ومن كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه".

- القرار المؤرخ في 2000/04/11 ملف رقم 191706[2] الذي جاء فيه:" من الثابت فقها وقضاءا أن عقد الإيجار ينعقد كتابة أو بوصلات الإيجار.

ولما ثبت من القرار المطعون فيه أن الطاعنة اعترفت بقبض مبلغ الحوالتين فهو قرينة على وجود علاقة إيجار تحتاج إلى اليمين متممة عملا بأحكام نص المادتين 467-348 من القانون المدني لإثبات العلاقة الإيجارية.

- **التعليـــق:**

1- بالنسبة للقرار الأول المؤرخ في 1985/02/06 لقد تضمن نوع من أنواع يمين الاستيثاق وهي يمينا على عدم العلم توجه للورثة الذين ينكرون هذا العقد وهو صورة من صور اليمين كما رأينا في هذا المبحث.

ولقد عاين قضاة الموضوع وجود عقد عرفي موضوعه عقد بيع مؤرخ في 1970/06/12 يزعم الطاعن أنه اشترى بواسطته العقار محل النزاع من أبيه الهالك. فأنكر المطعون ضدهم (الورثة) هذا العقد. لكن قضاة الموضوع قرروا قسمة تركة الهالك

---

[1] قرار ا كمة العليا، ا لة القضائية العدد الرابع 1992موجود با لحق
[2] قرار ا كمة العليا، ا لة القضائية العدد الأول 2001 موجود با لحق

دون مراعاة للعقد العرفي وكان تبريرهم لذلك أن الطاعن لم يقدم الدليل على المبالغ التي أرسلها من فرنسا لوالده والتي تشكل ثمن البيع فكان هناك قلبا لعبء الإثبات بجعلهم البينة على عاتق المشتري رغم وجود مادة صريحة في هذا الإطار تلقي عبء الإثبات على الورثة وذلك بإلقاء اليمين عليهم وهي كما رأينا يمين على عدم العلم فلا تعزز دليلا أصليا في الإثبات. بل هي تساعد الورثة على اتخاذ موقف المنكر للورقة العرفية فهي تنشىء موقفا .

2- بالنسبة للقرار الثاني المؤرخ في 2000/04/11. فهو يتعلق بمسألة إثبات عقد الإيجار، ولكن القرار لم يذكر فيه تاريخ انعقاد عقد الإيجار حسب ما يدعيه الخصوم. لأن مسألة إثبات عقد الإيجار تختلف حسب القانون القديم أو القانون الجديد(المادة 476 و م.ت. 93-3 المتعلق بالنشاط العقاري)[1].

ولكن اعتراف الطاعنة بقبض حوالتين بمبلغ 21000 دج يعتبر قرينة قضائية على وجود عقد إيجار بينهما و بين المطعون ضده وهذه القرينة تحتاج إلى اليمين المتممة لإثبات العلاقة الإيجارية وعليه فقضاة الموضوع كان استنتاجهم في محله. وحتى ولو نشأ هذا العقد في ظل القانون الجديد(03/93)فإن وصل الكراء يجسد العلاقة بين المؤجر و المستأجر فيصبح المستأجر شاغل للأمكنة يخول له الحق في عقد إيجار لمدة سنة تبدأ من تاريخ معاينة المخالفة.

[1] بالرجوع إ نص ا ادة 21 من ا رسوم التشريعي ا تعلق بالنشاط العقاري د أن عقد الإ ار لا يتم إلا وفق عقد وذجي حدده ا رسوم التنفيذي رقم 69/94 ا ؤرخ 1994/03/19.(اضرات مادة الإ ار ا د و التجاري ألقيت من طرف الأستاذ بن رقية بن يوسف على الدفعة الثالثة عشر السنة الأكاد ية 2004/2003 با عهد الوط للقضاء.

الفصل الثاني : دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات :

إن الدعوى المدنية ملك للخصوم و لهذا فما من شك أن لهم دور إيجابي واسع في تغيير قواعد عبء الإثبات. والدور الإيجابي للخصوم مستمد من الحقوق التي كفلها المشرع لكل خصم في الدعوى و أهمها حقهم في الإثبات وحقهم في مناقشة الدليل وإثبات عكسه ولهذا سنتناول هذه الحقوق في المبحث الأول تحت عنوان مبدأ الدور الإيجابي للخصوم، ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى دورهم في توزيع عبء الإثبات بموجب الإقرار و اليمين الحاسمة، ثم في المبحث الثالث نتطرق إلى مدى إمكانية الخصوم الاتفاق على تعديل قواعد عبء الإثبات و مدى تعلق ذلك بالنظام العام.

المبحث الأول : الدور الإيجابي للخصوم:

على الخصوم أن يثبتوا ما يدعونه أمام القضاء بالطرق التي بينها القانون فموقفه في الإثبات موقف إيجابي وليس هذا واجبا عليه فحسب بل هو أيضا حق له.

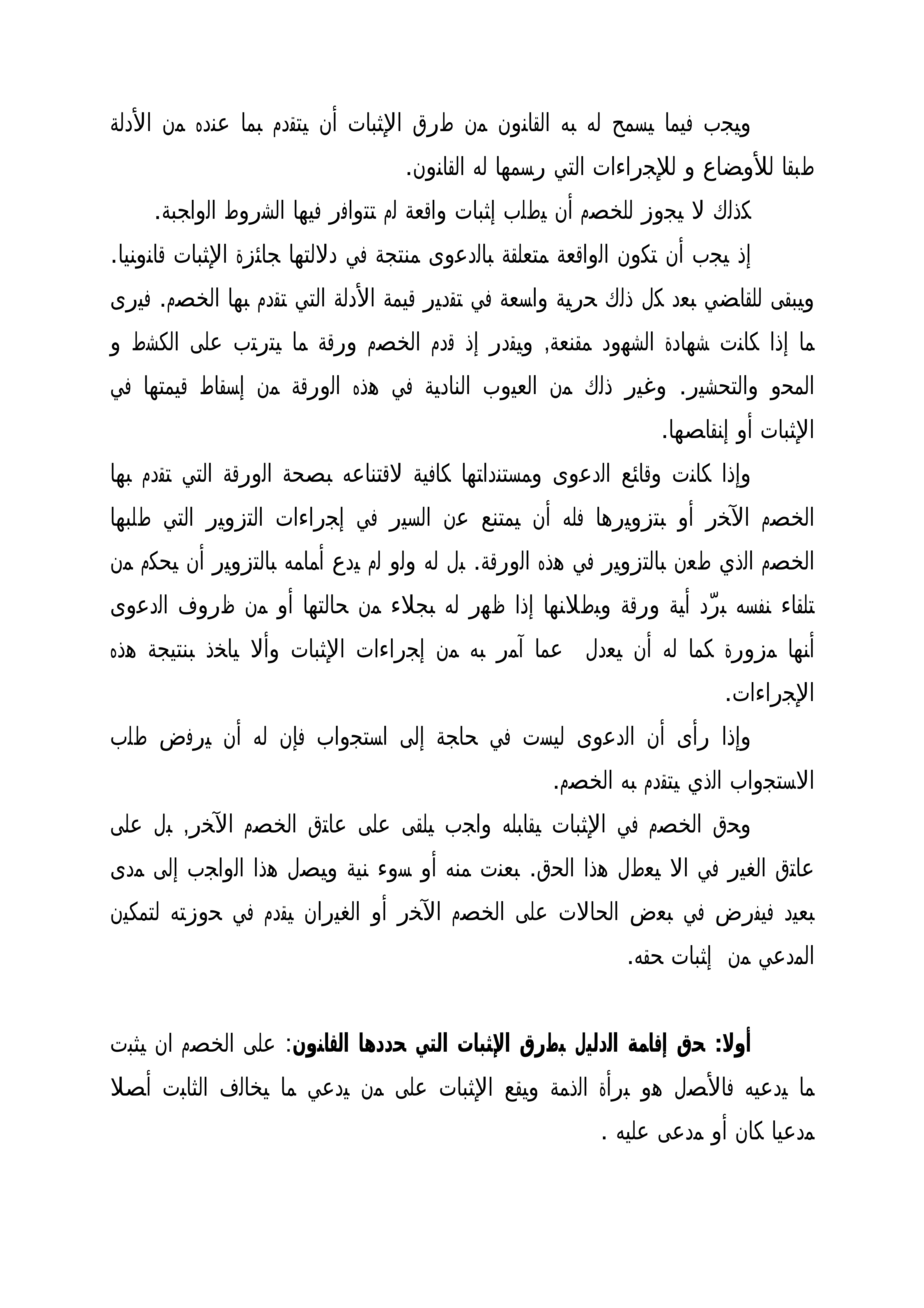
وهذا الدور الإيجابي للخصوم في الإثبات وما يستتبعه من حقهم في مناقشة الأدلة تنظمه عدة قواعد.

المطلب الأول: حق الخصوم في الإثبات:

للخصم أن يقدم للقضاء جميع ما تحت يده او ما يستطيع إبرازه من الأدلة التي يسمح بها القانون تأييد لما يدعيه, فإن لم يمكنه القاضي من ذلك كان هذا إخلالا بحقه وكان سببا للطعن في الحكم بالنقض.

ويتقيد الخصم في الإثبات بقيود ثلاث:

لا يجوز للخصم أن يثبت ما يدعيه إلا بالطرق التي حددها القانون فلا يجوز له ان يثبت بالبينة ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ولا يجوز له أن يجزئ إقرار خصمه إذا كان هذا الإقرار لا يتجزأ, ولا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه حيث يكون متعنتا في توجيهها.



ويجب فيما يسمح له به القانون من طرق الإثبات أن يتقدم بما عنده من الأدلة طبقا للأوضاع و للإجراءات التي رسمها له القانون.

كذلك لا يجوز للخصم أن يطلب إثبات واقعة لم تتوافر فيها الشروط الواجبة.

إذ يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى منتجة في دلالتها جائزة الإثبات قانونيا. ويبقى للقاضي بعد كل ذلك حرية واسعة في تقدير قيمة الأدلة التي تقدم بها الخصم. فيرى ما إذا كانت شهادة الشهود مقنعة, ويقدر إذ قدم الخصم ورقة ما يترتب على الكشط و المحو والتحشير. وغير ذلك من العيوب النادية في هذه الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاصها.

وإذا كانت وقائع الدعوى ومستنداتها كافية لاقتناعه بصحة الورقة التي تقدم بها الخصم الآخر أو بتزويرها فله أن يمتنع عن السير في إجراءات التزوير التي طلبها الخصم الذي طعن بالتزوير في هذه الورقة. بل له ولو لم يدع أمامه بالتزوير أن يحكم من تلقاء نفسه بردّ أية ورقة وبطلانها إذا ظهر له بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة كما له أن يعدل عما آمر به من إجراءات الإثبات وألا ياخذ بنتيجة هذه الإجراءات.

وإذا رأى أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب فإن له أن يرفض طلب الاستجواب الذي يتقدم به الخصم.

وحق الخصم في الإثبات يقابله واجب يلقى على عاتق الخصم الآخر, بل على عاتق الغير في الا يعطل هذا الحق. بعنت منه أو سوء نية ويصل هذا الواجب إلى مدى بعيد فيفرض في بعض الحالات على الخصم الآخر أو الغيران يقدم في حوزته لتمكين المدعي من إثبات حقه.

أولا: حق إقامة الدليل بطرق الإثبات التي حددها القانون: على الخصم ان يثبت ما يدعيه فالأصل هو برأة الذمة ويقع الإثبات على من يدعي ما يخالف الثابت أصلا مدعيا كان أو مدعى عليه .

فموقف الخصم في الإثبات يكون إيجابيا وليس في إقامته للدليل حق له فحسب و إنما هو واجب عليه أيضا. فللخصم أن يقدم للقضاء كل ما تحت يده أو كل ما يستطيع تقديمه من الأدلة التي يسمح القانون بها تأييدا لدعواه فإذا لم يمكنه القاضي من ذلك عد هذا المسلك اخلالا بحق الدفاع وكان سببا للطعن في حكمه بالنقض.

وعلى الخصم في إثبات ما يدعيه أن يتقيد بالطرق القانونية التي حددها القانون للإثبات فلا يجوز أن يلجأ إلى طريق غير منصوص عليه في القانون. فتحديد و حصر طرق الإثبات في القانون يعد أمرا متعلق بالنظام العام.

وبناءا على ما تقدم فإنه لا يجوز للخصم أن يثبت بالبينة ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة و ليس للخصم أن يجزئ إقرار إذا كان هذا الإقرار لا يتجزأ. ولا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه حيث يكون متعسفا في توجيهها.

الأصل إذا هو أن الخصم يقدم الأدلة على ما يدعيه من حق و يجب في هذا الدليل أن يكون صادر من الخصم الآخر حتى يكون حجة عليه, فإذا كان الدليل ورقة مكتوبة فيجب أن تكون بخط هذا الخصم أو بإمضائه, وإذا كانت الورقة ليست دليلا كاملا و إنما انحصر نطاقها على أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة فإنه يجب مع ذلك أن تكون صادرة من الخصم الذي يراد الإثبات له .

وبناء على ما تقدم لا يجوز في الدليل الذي يتمسك به الخصم ضد خصمه الآخر ان يكون صادرا من الخصم الأول او من صنعه فالقاعدة هنا في عدم جواز أن يصطنع الشخص دليلا بنفسه لنفسه و نتكلم عن هذا المبدأ بشيء من التفصيل[1]

<u>لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه</u>:

عن أبي عباس رضي اللّه عنه ان النبي صلى اللّه عليه وسلم قال « لو يعطي الناس بدعواهم لأدعي أناسا دماء رجال و أموالهم و لكن البينة على من أدعى».

فلو أجيز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه ضد شخص آخر لما أمن الناس على أنفسهم و أموالهم و لتعرض الإنسان لادعاءات لا حصرلها يصطنع أدلتها أشخاص

---

[1] الدكتور رمضان أبوا السعود - أصول الإثبات ا واد ا دينة و التجارية ص 94

آخرون ضده. و لذلك كانت القاعدة المنطقية و التي تعد من مبادئ الإثبات الأساسية هي أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه.

و على ذلك لا يجوز أن يكون الدليل الذي يقدمه الخصم على صحة دعواه مجرد أقواله و ادعاءاته أو أن يكون ورقة صادرة منه أو مذكرات دونها بنفسه كما لا يجوز أن يشهد الخصم لنفسه ضد خصمه، فالقاعدة العامة هي أنه *لا يملك الشخص أن يتخذ من عمل نفسه لنفسه دليلا يحتج به على الغير*.

و يرى الأستاذ السنهوري: أن هذه القاعدة فرع من مبدأ أعم و أشمل هوان الشخص لا يستطيع أن يخلق بنفسه لنفسه سببا لحق يكسبه، و من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، فالوارث الذي يقتل مورثه يحرم من إرثه، و إذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له برئت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمدا في وفاة ذلك الشخص أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه، و إذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمدا في وفاة الشخص المؤمن على حياته أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه و يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه و كذلك لا أساس للشرط الذي تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذي له مصلحة في أن يتحقق و الواقع أنه إذا كان الشخص لا يستطيع اقتضاء حقه بنفسه (على فرض أن له حقا ثابتا) فمن باب أولى لا يستطيع المرء أن يصطنع لنفسه دليلا يكون سببا لحقا يكسبه. القاعدة هي بأن الإنسان لا يستطيع أن يتخذ من عمل نفسه دليلا لنفسه يحتج به على الغير فدفتر الناظر المثبت لحساب الوقف و مقدار ما يستحقه كل المستحقين لا يعتبر دليلا لورثته على المستحقين بقبضهم قيم استحقاقهم مادام لا توقيع لهم على هذا الدفتر يثبت هذا القبض.

وكمثال أيضا أن مجرد إعلان شخص فقد ختمه في إحدى الصحف لا يعتبر دليلا على صحة هذه الواقعة ولا يعتبر حجة على المتمسك بورقة مختومة بهذا الختم.

ولكن يجوز للخصم أن يتمسك بدليل اصطنعه لنفسه إذا كان خصمه قد تمسك بهذا الدليل ذاته أو قبل الدليل الذي اصطنعه الخصم الأول, مثال ذلك أن من يوجه خطابا

إلى خصمه يجوز له أن يحتج بهذا الخطاب إذا كان الخصم الموجه إليه الخطاب قد سبق إلى التمسك به لمصلحته.

وإذا كان الأصل هو في عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه, فإن القانون قد ينص في بعض الحالات لمبررات يقدرها على جواز أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه مثال ذلك ما نصت عليه المادة 330 ق.م. (دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة).

و(تكون دفاتر التجار حجية على هؤلاء التجار ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه).

ثانيا: حق المطالبة بإلزام الخصم أو الغير بتقديم ما يوجد تحت يده من أوراق :

رأينا أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه, ويقابل ذلك بالضرورة أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليلا ضد نفسه.

فلكل خصم في الدعوى أن يتقدم بما شاء من مستندات إثباتا لما يدعيه من حق أو لدفع يدحض به مزاعم خصمه و يشترط أن تكون هذه المستندات ذات صلة بموضوع الدعوى و مفيدة للحكم فيها و كان من الجائز تقدميها للإثبات و أن لا تحمل طابعا سريا كما يحدث في شأن بعض الرسائل, ولكن إذا كانت هذه المستندات و الأوراق المؤيدة لطلبات ودفوع الخصم موجودة في حوزة الخصم الآخر فهل يجوز للخصم الأول طلب إلزام خصمه بتقديم ما يوجد تحت يده من أوراق.

فإذا كانت أجابتنا عن هذا السؤال بالإيجاب فهذا يعد مخالفة للمبدأ الذي أثبتناه فيما تقدم و يتمثل في عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه ولكن قد يصطدم ذلك باعتبار آخر مفاده وجود التزام أخلاقي على عاتق كل خصم بأن يسعى دائما إلى قول الصدق و إثبات الحقيقة وفي عدم جواز أن يتستر على الحقيقة فيخفيها, لا سيما أن القاضي في الإثبات أصبح له دور إيجابي يهدف إلى الوصول إلى الحقيقة مهما كان مسلك

الخصوم أو ما تمليه مصلحة كل منهم ولذلك يمكن القول – من جانب من الفقه- بأن من امتنع من الخصوم دون حق أن يستجيب لطلبات خصمه مع تقديم مستندات في حوزته أو جعل بفعله إثبات الدعوى مستحيلا بأن امتنع مثلا على تقديم دليلا تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه جاز أن يخسر دعواه, وذلك بطريق القياس على من جعل بفعله تحقق الشرط الذي علق عليه التزاما مستحيلا, فإن القانون يفترض أن الشرط قد تحقق و بعبارة أخرى فإن الخصم الذي يمتنع عن تسليم دليلا للإثبات موجود تحت يده بطريق الغش يعتبر ذلك منه تسليما بصحة يدعيه خصمه.

وكذلك فإن الغير – وليس الخصم وحده- من واجبه المعاونة في الإثبات و لهذا يصح أن يوجه طلب الالتزام بتقديم المستندات إلى أي شخص آخر غير الخصم في الدعوى طالما أنه لن يضار شخصيا من تقديم هذا الدليل.[1]

هذه الفكرة التي ترمي إلى الزام الخصم بتقديم ما تحت يده من مستندات عرفها القانون الروماني بما كان يسمى بدعوى العرض أو دعوى إبراز السند action adexhibendum.

وفي القانون الفرنسي وجدت عدة تطبيقات لهذه الدعوى, من ما نصت عليه المادة 2/842 و3 مدني فرنسي و الخاصة بالمتقاسم الذي يحوز مستندات الملكية الشائعة و المواد 14و 17 من القانون التجاري الفرنسي التي تلزم التجار بتقديم دفاترهم التجارية بما يسمح للخصم من استخلاص أدلة لمصلحة من هذه الدفاتر.

أما الفقه و القضاء الفرنسي فقد جعلا من هذه التطبيقات مبدأ عام فقبلت دعوى العرض في الحالة التي يكون فيها المستند مشتركا بين الخصمين كعقد الشركة أو عقد الأيجارالذي بقيت منه نسخة واحدة بيد أحد الشركاء أو أحد المتعاقدين, وكانت للطرف الآخر مصلحة أكيدة في إبراز هذا العقد حتى تترتب النتائج القانونية على وجوده, بل و ذهبت الأحكام حدا أبعد من ذلك فألزمت الخصم بتقديم مستندا خاصا به, كما ذهب البعض إلى اعتبار الخصم الذي يمتنع بدون مبرر مشروع عن تقديم ما في حوزته من مستندات

---

[1] الدكتور رمضان أبوا السعود. ا رجع السابق ص 199

متعسفا في استعمال حقه وبالتالي مسؤولا عما يصيب الغير من ضرر بسبب مسلكه هذا ولكن لا مسؤولية على هذا الخصم إذا استند في رفضه إلى مبرر معقول ومشروع كأن يكون المستند ذو الصفة سرية أو كان في إبرازه ما يلحق ضررا بالغير, وعلى أي حال فلقد اعتبر التزام الخصم بتقدم ما تحت يده من أدلة التزاما بعمل, و بالتالي لا تملك المحكمة أن تقضي بمصادرة هذا المسند وإنما ليس سوى لقضاء بالغرامة التهديدية لحمل هذا الخصم واعتبار الطرف الممتنع بدون حق خاسرا لدعواه.

هذا مع ملاحظة أن القضاء لا يأخذ امتناع الخصم عن تقديم ما في حوزته من مستندات على أنه قرينة تصلح للقضاء ضده إلا إذا كان الإثبات ممكنا بكافة الطرق و منها القرائن فعندئذ يعتد القاضي بهذه القرينة إذا كانت ظروف الدعوى تحمل على الاعتقاد بأن المستند في حوزة الخصم الممتنع ، أما إذا كان الإثبات لا يجوز بكافة الطرق فيكون على المدعي أن يقدم الدليل الكتابي على صحة دعواه, فلا يستطيع قبل ذلك طلب إلزام خصمه أي المدعي عليه بتقديم مستند في حوزته.

أما بالنسبة لمن لم يكن طرفا في الخصومة فيجوز إجباره على تقديم مستند تحت يده كأن يكون هذا الغير موظفا عاما ويترك ذلك لتقدير المحكمة.أما إذا وجد المستند في حوزة شخص عادي لم يكن طرفا في الخصومة, وامتنع عن تقديم ما في حوزته من مستندات برغم فائدتها للفصل في النزاع بين الخصوم فيجوز للقضاء إلزامه بتقديم هذا المستند.

وقد استقر القضاء الفرنسي على أن امتناع هذا الغير عن تقديم ما في حوزته من مستندات بغير مبرر مشروع و معقول يعد خطأ يرتب مسؤوليته الشخصية عما يصيب الخصم من أضرار لحقت به بسبب هذا الامتناع.

<u>أحوال إلزام الخصم أو الغير بتقديم ما تحت يده من أوراق</u> :

يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده:

- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه.

- إذا كان مشتركا بينه و بين خصمه, ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لإلتزاماتهما و حقوقهما المتبادلة.
- إذا استنداليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

<u>إجراءات طلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده و الحكم فيه</u> :

إذا توافرت حالة من الحالات المتقدمة جاز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم المحرر الذي يكون موجودا تحت يده.

ويجب أن يقدم طلب الخصم بتقديم المحرر إلى المحكمة المعروض عليها النزاع و على ذلك لا يجدي أن يقدم الخصم هذا الطلب إلى الخبير المنتدب في الدعوى.

كما يجب أن يكون هذا الطلب صريحا وجازما حتى يلتزم بإجابته أو رفضه بحيث يشتمل أوصاف المحرر المطلوب إلزام الخصم بتقديمه و فحواه وكذلك الواقعة التي يستدل بالورقة عليها و كذلك الأدلة التي تثبت حيازة الخصم الآخر لهذه الورقة ثم تبين في ذات الطلب أن الحالة المعروضة هي إحدى الحالات التي يجوز في إلزام الخصم بتقديم ما تحت يده من أوراق.

فإذا لم تراعي في الطلب الأحكام المتقدمة قضت المحكمة برفضه و إذا قدم الطلب مستوفيا لشروط المنصوص عليها في القانون التزمت المحكمة بالرّد عليه إما قبولا أو رفضا وبالتالي يتعرض حكمها للنقض إن هي أغفلت الرّد عن هذا الطلب. فمسألة الفصل في طلب إلزام الخصم بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده إنما تتعلق أوجه الإثبات و إجراءاته التي يتعين على محكمة الموضوع أن تقول كلمتها فيها.

ويراعي أن القاضي في فصله في طلب إلزام الخصم بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده إنما يتمتع بسلطة تقديرية.[1]

<u>أثر امتناع الخصم عن تقديم مستند تحت يده</u> :

تقضي المحكمة لمصلحة الخصم الذي طلب إلزام خصمه بتقديم المحرر الموجود تحت يده في الحالات الآتية:

---

[1] د/ رمضان أبو السعود ص 121

- إذا إمتنع الخصم عن تقديم الورقة المطلوبة في الميعاد الذي ضربته له المحكمة و بطبيعة الحال فإن المحكمة تملك بما لها من سلطة تقديرية في هذا الصدد أن تمدد الميعاد حسب ظروف الدعوى و ظروف الخصم المطلوب إلزامه بتقديم المحرر.

- إذا إمتنع الخصم عن حلف اليمين.

فإذا كان الخصم الطالب قد قدم صورة من المحرر جاز للمحكمة أن تعتد بهده الصورة وتعتبرها مطابقة للأصل. آما إذا لم يكن هذا الخصم قد قدم صورة من المحرر.فإن المحكمة يجوز لها في هده الحالة إن تأخذ بأقوال هدا الخصم فيما يتعلق بشكل المحرر و بمضمونه.

ولكن لا يجوز- و بصفة مطلقة- القول بان الامتناع عن تقديم المحرر يجب قانونا اعتباره تسليما بصحة قول من طلب تقديمها. فالمحكمة تتمتع بسلطة تقديرية في وزن هذا الامتناع وما يحتمله من معاني.

<u>إلزام الغير بتقديم محررتحت يده</u> :

قد تكون الورقة المنتجة في الدعوى والمطلوب تقديمها تحت يد شخص خارج عن نطاق الخصومة لذلك أجاز القانون استكمالا ومراعاة لصالح الخصم الذي يستفيد من هذه الورقة.للمحكمة أثناء سير الدعوى أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ويقدم طلب الإدخال في هذه الحالة من الخصم الذي يستفيد من الورقة, ومتى ادخل الغير في الدعوى اصبح خصما فيها.

و الواقع انه قد يكون المحرر الذي تحت يد الغير مثبتا لحق له او عليه بل قد يكون طرفا موقعا على هذا المحرر ومع ذلك قد يكون بعيدا عن مجال الخصومة الماثلة أمام المحكمة.

و قد يتخلف الغير الذي ألزمته المحكمة بتقديم المحرر بعد إدخاله في الخصومة ، فما هو الجزاء الذي يمكن إن يوقع على هذا الغير؟

في القانون المصري إذا امتنع الغير عن تقديم المحرر الموجود تحت يده فإن هدا الامتناع لا يعد دليلا على وجود هذا المحرر المطلوب تقديمه من أحد الخصوم في

الدعوى ذلك انه لو أمكن استخلاص هذا الفهم من مجرد الامتناع لأمكن لأي خصم آن يدعي وجود آية ورقة تحت يد شخص آخر غير خصم في الدعوى و يصل عن طريق التواطؤ مع هذا الشخص إلى الحكم بصحة ما يدعيه[1]

ثالثا :حق الخصم في الاستشهاد بالشهود :

على كل إنسان واجب تحمل الشهادة وأداؤها, ومعنى تحمل الشهادة أن يدعوك الرجل لتشهد له على حق أو دين فتلبي دعوته و هذا التحمل واجب لقوله تعالى "ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا" .

و روي عن رسول ا صلى ا عليه و سلم " إذا دعاك الرجل لتشهد له على دين أو حق فلا يسعك أن تتقاعس عنه" .

أما أداء الشهادة فمعناها إن تدلي بها أمام القاضي إذا دعيت لذلك وهذا الأداء واجب تماما كالتحمل لقوله عز وجل" و لا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه " ولقوله تعالى "ومن اظلم ممن كتم شهادة عنده " و الأداء واجب على سبيل الكفاية لا العين إذا قام به البعض سقط عن الكل وإن امتنع الكل اثمو جميعا.

فالأداء بالشهادة أمام القضاء هو واجب على كل شخص قد اطلع صدفة أو بتدخل منه في علاقات غيره على واقعة متنازع عليها والشاهد ليس له الخيار في إن يحضر أمام القضاء ليدلي بشهادته أوان يمتنع عن الادلاء بها فمثل هذا الامتناع يلحق ابلغ الضرر بالعدالة وقد يؤدي إلى ضياع الحقوق واغتصابها إذا ما أنعدمت الأدلة الأخرى على الواقعة المطلوب إثباتها.

هذا الواجب يقابله حق كل خصم في الاستشهاد بالشهود على آية واقعة يسمح القانون بإثباتها

---

[1] د/ غوثي بن ملحة ص326

بالبينة فيستطيع الخصم تكليف الشاهد بالحضور أمام المحكمة للادلاء بشهادته فإذا تقاعس الشاهد عن الحضور بغير مبرر قانوني أو حضر وامتنع عن الادلاء بشهادته تعرض لتوقيع الجزاء .

لقد نصت المادة 43 ق إ.م على انه يجوز للقاضي أن يأمر قبل الفصل في الموضوع من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم بإجراء تحقيق وذلك بمقتضى قرار شفوي.

هذا وانه يجوز الأمر بالتحقيق لإثبات الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بطريق شهادة الشهود و بشرط آن يكون التحقيق فيها جائزا و منتجا في الدعوى.م61

إن الأمر بإجراء التحقيق قد يكون من تلقاء نفس القاضي أو بناء على طلب أحد الخصوم.م43 ق إ.م

وإذا تم الأمر بإجراء التحقيق بمقتضى حكم فيجب أن تبين في منطوق الحكم الوقائع التي تكون محل التحقيق وان يحدد تاريخ الجلسة التي يجري فيها التحقيق.

ويجب أن يتضمن كذلك الحكم تكليف الخصوم بالحضور وبإحضار شهودهم في التاريخ المحدد أو بإخطار قلم الكتاب في خلال 08 أيام.

إحضار الشهود:

فعلى الخصوم آن يقدموا شهودهم مباشرة وان يستدعوهم بوا سطة قلم الكتاب وذلك طبقا للأحكام الواردة في المواد من 22 إلى 26 ق إ.م.

هذا وان المهلة لحضور الشهود لا تقل عن خمسة أيام من تاريخ استلام الشاهد التبليغ إلى يوم الحضور لإجراء التحقيق.

ويمكن الحكم على الشهود الذين لم يحضرو بغرامة مدنية لا تتجاوز خمسين دينار مع النفاذ المعجل رغم المعارضة والاستئناف.

ويجوز إعادة تبليغهم وإن تغيبوا مرة أخرى يكون الحكم عليهم بغرامة مدنية لا تتجاوز 100دينار.

وأما الشاهد الذي قدم عذر مقبول عن الحضور يتم إعفاءه من الغرامة ويسمع إلى شهادته.

وإذا تبين أن الشاهد يستحيل عليه الحضور في اليوم المحدد فالقاضي يحدد له ميعاد أخر أو ينتقل لس ماع شهادته.

وإذا كان الشاهد مقيما خارج دائرة اختصاص المحكمة فالقاضي يلجأ إلى الانابة القضائية.(م68 ق إ.م)[1]

ولا تجوز شهادة من هو قريب لأحد الخصوم أو من أصهاره في درجة القرابة المباشرة أو زوج أحد الخصوم ولو مطلق وكذلك لاتقبل شهادة الأخوة والأخوات وابناء العم الأشقاء لأحد الخصم (م 64 ق ا.م)

لكنه في الدعاوى المتعلقة بحالة الأشخاص و الطلاق تجوز شهادتهم .

أما القصر الذين لم يتجاوز عمرهم ثمانية عشر سنة لا يسمع لشهادتهم إلا على سبيل الاستدلال وكذلك الأمر بالنسبة للأشخاص فاقدي الأهلية في أداء الشهادة أمام القضاء .

كيـفـيـة سـمـاع الـشهــود : يسمع إلى شهادة كل شاهد على انفراد بحضور الخصوم أو في غيبتهم وعلى كل شاهد أن يذكر قبل الآدلاء بشهادته اسمه ولقبه وعمره وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته أو تبعيته للخصوم ثم يحلف الشاهد بأنه يقول إلا الحق وإلا كانت شهادته باطلة (م 85. ق ا.م).هذا وان القصر الذين لم يتجاوز عمرهم خمسة عشر سنة لا يؤدون اليمين (م4/49. ق ا.م) وعلي الشاهد أن يدلي بشهادته دون الاستعانة بأية مذكرة وقد يجوز للقاضي أن يوجه إلى كل شاهد كل الأسئلة اللازمة سواء من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب الخصوم (م71.ق ا. م) .

وعندما يكون الشاهد يدلى بشهادته لا يجوز للخصوم أن يقاطع أحدهم الشاهد ولا أن يوجه إليه الأسئلة بصفة مباشرة.وأخيرا تتلا على الشاهد أقواله ويوقع عليها أو ينوه بأنه لا يعرف أو لا يمكن التوقيع أو انه يمتنع عن ذلك .(م72. ق ا.م)

---

[1] د/ غوثي بن ملحة ا رجع السابق ص 227

هذا وبمقتضي نص المادة 73 فالخصم الذي يقدم اكثر من خمسة شهود لاثبات واقعة واحدة يتحمل كل المصاريف المتعلقة بهذا الشان .

وعند الانتهاء من إجراء التحقيق قد يصدر القاضي حكمه فورا أو يؤجل الدعوى إلى جلسة قادمة ,وفي هذه الحالة يطلب القاضي من الخصوم أن يطلعوا علي المحضر التحقيق قبل الرجوع القضية من جديد في الجلسة المحددة (م75 .ق.ا م).

وهذا المحضر يدون فيه أقوال الشهود علي يد كاتب الضبط وهو يحتوي علي بيان اليوم والمكان والساعة التي اجري فيها لتحقيق وحضور الخصوم أو غيابهم واسم كل شاهد ولقبه ومهنته وموطنه كما يبين أسباب رد الشهود ويوقع علي المحضر القاضي وكاتب الضبط ويضاف إلى النسخة الأصلية للحكم (م .74. ق ا.م).

رد الشهـ ـ ـ ود:

يجوز رد الشهود (أو تجريحه) بسبب عدم أهليته للشهادة أو بسبب قرابته القريبة أو لأي سبب جدي آخر.

هذا وانه يجب رد الشاهد وإبداء اوجه التجريح قبل ان يدلي بشهادته الا اذا تبين سبب رده بعد أداء الشهادة وفي هذه الحالة اذا قبل الرد بطلت الشهادة.(م. 69.ق ا.م). [1]

رابعا: حق الخصم في استجواب خصمه :

يخول الحق في الإثبات للخصم أن يطلب استجواب خصمه والاستجواب طريق من طرق الإثبات في الدعوى يعمد أخذ الخصوم فيه إلى سؤال خصمه عن بعض وقائع معينة ليصل من وراء الإجابة عليها والإقرار بها إلى إثبات مزاعمه ودفاعه أو تمكين المحكمة من تلمس الحقيقة الموصلة لهذا الإثبات.

وتقضي المادة 106 إثبات مصري أن للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التي حددها القرار.

---

[1] د/ الغوثي بن ملحة ا رجع السابق ص 328 -329

وتتمتع المحكمة بسلطة تقديرية في إجابة الخصم في طلب استجواب خصمه فإن رأت المحكمة أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب رفضت الطلب وهي ترفض الاستجواب أيضا إذا وجدت أن الوقائع التي يراد استجواب الخصم عنها غير منتجة أو غير جائزة الإثبات.

ومفاد ما تقدم أن حق الخصم في الحصول على إقرار خصمه بالواقعة أو الأثر القانوني المتنازع

عليه يقابله واجب على الخصم الآخر أن يحضر لاستجوابه وأن يجيب على ما يوجه إليه من أسئلة.

ولذلك تقضي المادة 113 إثبات مصري بأنه إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك.[1]

أما في القانون الجزائري فإن استجواب الخصم من صلاحيات القاضي إذ هو المختص في ذلك ولا يجوز للخصم استجواب خصمه إذ يعد ذلك خروج عن المبادئ العامة في الإثبات ولكن هذا المبدأ ليس على إطلاقه إذ يستطيع الخصم أن يطلب من القاضي توجيه أسئلة - وعن طريق القاضي -تخص النزاع من أجل الوصول إلى قناعة تساعد القاضي في الوصول إلى الحقيقة.

<u>المطلب الثاني: حق الخصوم في مناقشة الدليل وإثبات عكسه :</u> مهما يكن الدور الذي يلعبه القاضي في توجيه الدعوى فإن الأصل أنه يبقى محايدا في النزاع ولذلك فإن الدور الإيجابي الرئيسي في تحريك الدعوى يبقى الخصوم أنفسهم ويمكن حصر دور الخصوم وحقوقهم في القواعد الآتية:

<u>أولا: حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى :</u>

---

[1] د/ رمضان أبو السعود - ا رجع السابق

لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه على أنه مهما يكن من قدر الحرية التي تطلق للقاضي في الإثبات فلا جدال في أن أي دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعا لمناقشته ويدلي كل برأيه فيه ، يفنده أو يؤيده والدليل الذي لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نوقش في قضية أخرى ما لم يناقش في القضية القائمة.

وهذا مبدأ جوهري من مبادئ التقاضي، حتى لا تبقى الخصومة مجهولة وحتى تتكافأ فرص الخصوم في الدعوى، ومن ثم كان للخصم حق طلب التأجيل للإطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها.

ولا يجوز للقاضي أن يقوم بمعاينة مكان النزاع في غيبة الخصوم ودون أن يدعوهم لحضور المعاينة ومن غير إصدار قرار بإجرائها.

ولكن يكفي أن يعرض الدليل على الخصوم لمناقشته، فإذا لم يريدوا مناقشته فعلا فقد نزلوا على حقهم في ذلك وصح الأخذ بالدليل.

كذلك لا يجوز للقاضي أن يأتي بأدلة من عنده لم يقدمها الخصوم إلا إذا تراضوا عليها وقبلوا مناقشتها[1]

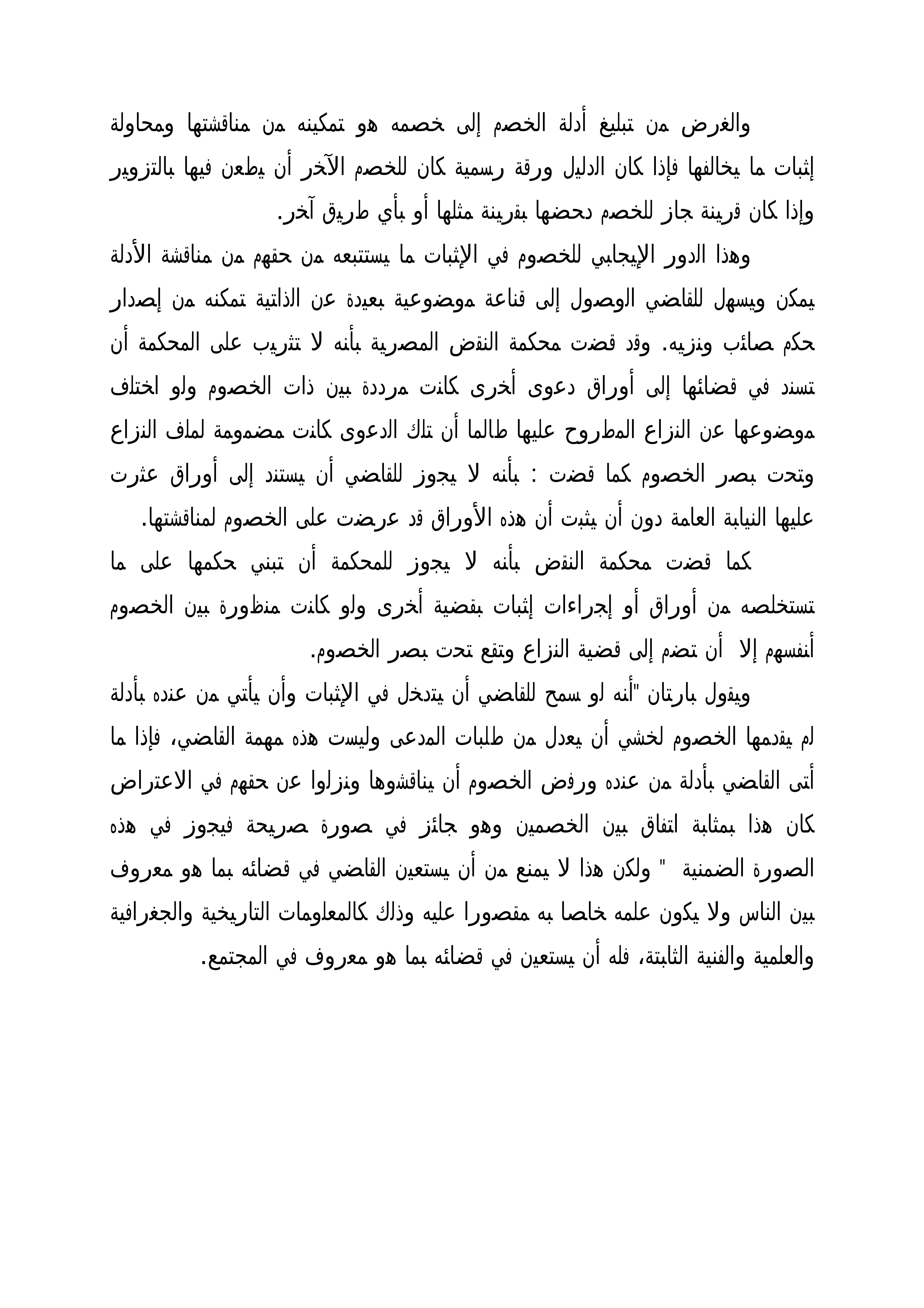
ويترتب على حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى أنه لا يجوز أن يقضي بعلمه ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلا في القضية، ولما كان حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم فيكون خصما وحكما وهذا لا يجوز[2]

أن كل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في تقديم ما ينقضه وإثبات عكس ما يدعيه تنص المادة 32 من ق.إ.م "على أن الأوراق ومستندات أو وثائق التي يقدمها كل طرف دعما لإدعاءاته يجب أن تبلغ للخصم" وتنص المادة 33 ق.إ.م على أنه "يكون سماع أقوال الخصوم أو وكلائهم أو محاميهم حضوريا"

---

[1] ي بكوش أدلة الإثبات القانون ا زائري والفقه الإسلامي دراسة تطبيقية ونظرية مقارنة ص 50

[2] عبد الرزاق أ د السمهوري ا رجع السابق ص 48



والغرض من تبليغ أدلة الخصم إلى خصمه هو تمكينه من مناقشتها ومحاولة إثبات ما يخالفها فإذا كان الدليل ورقة رسمية كان للخصم الآخر أن يطعن فيها بالتزوير وإذا كان قرينة جاز للخصم دحضها بقرينة مثلها أو بأي طريق آخر.

وهذا الدور الإيجابي للخصوم في الإثبات ما يستتبعه من حقهم من مناقشة الأدلة يمكن ويسهل للقاضي الوصول إلى قناعة موضوعية بعيدة عن الذاتية تمكنه من إصدار حكم صائب ونزيه. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا تثريب على المحكمة أن تسند في قضائها إلى أوراق دعوى أخرى كانت مرددة بين ذات الخصوم ولو اختلف موضوعها عن النزاع المطروح عليها طالما أن تلك الدعوى كانت مضمومة لملف النزاع وتحت بصر الخصوم كما قضت : بأنه لا يجوز للقاضي أن يستند إلى أوراق عثرت عليها النيابة العامة دون أن يثبت أن هذه الأوراق قد عرضت على الخصوم لمناقشتها.

كما قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للمحكمة أن تبني حكمها على ما تستخلصه من أوراق أو إجراءات إثبات بقضية أخرى ولو كانت منظورة بين الخصوم أنفسهم إلا أن تضم إلى قضية النزاع وتقع تحت بصر الخصوم.

ويقول بارتان "أنه لو سمح للقاضي أن يتدخل في الإثبات وأن يأتي من عنده بأدلة لم يقدمها الخصوم لخشي أن يعدل من طلبات المدعى وليست هذه مهمة القاضي، فإذا ما أتى القاضي بأدلة من عنده ورفض الخصوم أن يناقشوها ونزلوا عن حقهم في الاعتراض كان هذا بمثابة اتفاق بين الخصمين وهو جائز في صورة صريحة فيجوز في هذه الصورة الضمنية " ولكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضي في قضائه بما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصا به مقصورا عليه وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة، فله أن يستعين في قضائه بما هو معروف في المجتمع.

ثانيا: حق الخصوم في إثبات عكس الدليل :

آن كل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في نقضه وإثبات عكس ما يدعيه ، وذلك نتيجة للقاعدة المنصوص عليها في المادة 32 ق إ.م "إن الأوراق آو المستندات آو الوثائق التي يقدمها كل طرف دعما لادعاءاته يجب إن تبلغ للخصم".

وإذا كان الدليل الذي قدمه الخصم ورقة مكتوبة فان كانت ورقة عرفية كان للخصم الآخر آن ينكر خطه آو مضاءه آو آن يطعن في الورقة بالتزوير وان كانت ورقة رسمية كان للخصم الآخر آن يطعن فيها بالتزوير.

وفي جميع الأحوال يجوز للخصم الآخر- فيما لا يتحتم فيه الطعن بالتزوير- أن يثبت عكس ما هو ثابت ضده بالكتابة على إن يكون إثبات العكس بكتابة مماثلة وفقا للأحكام التي قررها القانون.

وإذا كان الدليل المقدم قرينة قضائية فللخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بقرينة مثلها آو بآي طريق آخر، وكذلك الحال في القرينة القانونية، فإن الأصل فيها جواز إثبات العكس، أما القرائن القانونية التي لا تقبل إثبات العكس فنادرة ولابد في منع إثبات العكس فيها من نص في القانون.

وحتى الإقرار واليمين يتصور فيهما تطبيق هذه القاعدة فإذا تمسك الخصم بالقرار الصادر من الخصم الآخر جاز لهذا الخصم الآخر أن يتمسك ببطلان هذا الإقرار لعدم الأهلية وللغلط آو لغير ذلك من العيوب وإذا وجه الخصم اليمين الحاسمة للخصم الآخر جاز لهذا الخصم إن يرد على خصمه اليمين.

و يتبين من كل ذلك أن الأصل في الدليل الذي يقدمه الخصم تمكين الخصم الآخر من نقضه وان حق الخصم في إثبات ما يدعيه يقبله حق الخصم الآخر في إثبات العكس

المبحث الثاني: دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بموجب الإقرار و اليمين الحاسمة

المطلب الأول: دور الخصوم في توزيع عبءالإثبات بموجب الإقرار:

- الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر، ويكون قضائيا إذا ما تم هذا الإقرار أمام القضاء، و الإقرار قد يكون صريحا أو ضمنيا وقد يكون الإقرار الصريح مكتوبا أو شفويا ولا يشترط شكل خاص في هذه الكتابة (المادة341 من القانون المدني).

وسنتطرق فيما يلي إلى:

العنصر الأول: قواعد الإقرار

العنصر الثاني: التجزئة في الإقرار

أولا: قواعد الإقرار

- يتبين من نص المادة 341 من القانون المدني أن للإقرار أركانا أربعة:

* **اعتراف الخصم**: أي أن الاعتراف هو تقرير الخصم بواقعة معينة على أنها حصلت و هذا التقرير خلافا لباقي طرق الإثبات يحمل وصفين: واقعة مادية و تصرف قانوني، بل يمكننا القول أنه واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني أي واقعة مختلطة، وهذا الوصف له نتائجه القانونية. فالإقرار، من حيث أنه واقعة مادية لا حاجة في تمامه إلى قبول الخصم الآخر ولا يجوز للمقر بعد ذلك الرجوع فيه، أما من حيث أنه ينطوي على تصرف قانوني من جانب واحد فيشترط لصحته ما يشترط لصحة التزام المقر بالواقعة التي أقربها، أي أن يكون المقر أهلا للالتزام وأن تكون إرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة و التوكيل فيه يكون بوكالة خاصة لأن الإقرار من أعمال التصرف (المادة 574 من القانون المدني).

* **واقعة قانونية مدعى بها**: يجب أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها على المقر سواء كانت واقعة مادية أو تصرفا قانونيا،لذلك يجب أن يكون محل

الإقرارمعينا تعينا كافيا مانعا للجهالة، و يكون الإقرار صوريا إذا كان محله يكذبه ظاهر الحال، كذلك يجب أن يكون محل الإقرار مما يجوز التعامل فيه، فالإقرار بشيء مخالف للقانون أو للنظام العام أو للآداب غير صحيح، ويترتب على ذلك أنه لا يصح الإقرار بدين مراهنة أو قمار، ولا الإقرار بالتعامل في المخدرات، وغيرها مع أنه لا يمنع من قبول هذه الإقرارات في المسؤولية الجنائية، ويصح الإقرار في التصرف أيا كانت قيمته ولو زادت عن نصاب الشهادة فللإقرار حجية مطلقة.

* **أمام القضاء**: هذا الركن الذي يميز بين الإقرار القضائي و الإقرار غير القضائي، حيث يعتبر إقرارا قضائيا كل إقرار صادر أمام كل جهة نظمها القانون من جهات القضاء ويشترط أن تكون الجهة القضائية مختصة اختصاصا موضوعيا , كما يجوز أن يصدر الإقرار أمام المحكمين، ولكن الإ قرار الصادر أمام النيابة العامة أو قاضي التحقيق لا يعتبر إقرارا قضائيا .

* **أثناء سير الدعوى**: يجب أن يصدر الإقرار خلال إجراءات الدعوى التي يكون الإقرار فيها دليل الإثبات، وذلك يكون في أي مرحلة من إجراءات الدعوى ابتداءا من العريضة الافتتاحية إلى غاية النطق بالحكم، ولكن الإقرار الذي يصدر في إحدى الدعاوى و يكون فيها إقرارا قضائيا، لا يكون في دعوى أخرى ولو بين الخصمين وفي نفس الواقعة إقرار قضائيا، لأن قوته مقصورة على الدعوى التي صدر فيها، كذلك فإن الإقرار أمام محكمة غيرمختصة من ناحية الولاية أو من ناحية الاختصاص الموضوعي لا يعد إقرارا قضائيا، بخلاف الإقرار أمام محكمة غير مختصة من حيث المكان.

- **حجية الإقرار**: تنص المادة 342 من ف 01 من القانون المدني " الإقرار حجة قاطعة على المقر"[1].

معنى ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى إثبات، و الإقرار لا يكون حجة لمقر لأن الشخص لا يصطنع الدليل لنفسه و لا يكون إلا حجة عليه، كما يمكن لهذا الأخير الطعن فيه بالصورية أو بوجود عيب من عيوب الإرادة أو

---

[1] قرار عن ا كمة العليا: ملف:215174 بتاريخ 2000/05/09. م.ق.عدد 02 سنة2000 (أنظر ا لمحق).

فقدان الأهلية، أما في غير هذه الحالات فإنه لا يجوز الرجوع في الإقرار القضائي و لا يجوز إثبات عكسه ومن ثم يصبح الإقرار طريق معفي من الإثبات لا طريق إثبات ذلك أنه يعفي الخصم المقرله من عبء الإثبات وينقله إلى المقر الذي يقع عليه عبء الإثبات عدم صحة إقراره بأن يطعن فيه بأحد الأسباب التي تقدم ذكرها،و الإقرار القضائي يصلح أيضا أن يكون مبدأ الثبوت بالكتابة لواقعة متصلة بالواقعة التي تضمنها بالذات. وتجدر الإشارة إلى أن الإقرار حجة قاصرة على المقر وخلفه العام(ورثته) فلا يتعدى أثره إلى غيرهم، سواء كانوا: دائنين، أو شركاء أو الخلف الخاص. و فيما يخص الخلف العام فلو مات المدعى عليه بعد الإقرار و قبل الحكم في الدعوى، فإن الإقرار لا يكون حجة عليهم ولهم أن يثبتوا عدم صحته بجميع الطرق، ولكن إذا صدر الحكم قبل موت المورث وفي مواجهته، فإنه يسرى على الورثة، ذلك أنهم وقت صدور الحكم ضد مورثهم كان يسري في حقهم باعتبارهم ورثة (خلفا عاما).

- في الفقه الإسلامي الإقرار يكون إما شفهيا أو مكتوبا فالعبرة في الإقرار المكتوب بالإشهاد عليه، فإن لم يستشهد المقر على كتابه بشهود فالكتاب لا يصلح إقرارا، كذلك يبطل الإقرار بعد وجوده بتكذيب المقر له المقر في حقوق العباد، وبرجوع المقر عن الإقرار في حقوق ا تعالى،و للمقرأن يرجع في إقراره للإكراه لا للغلط.[1]

ثانيا: **التجزئة في الإقرار**

تنص المادة 342 ف 02 من القانون المدني:" و لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة و كان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى".

يمكن تقسيم الإقرار القضائي إلى أنواع هي:

* **الإقرار البسيط**: إذا اقتصر الإقرار على تصديق المدعي للمدعى عليه في جميع ما ادعاه، و لا محل في النظر إذا كان يتجزأ أو لا يتجزأ، فلوأن المدعي قال في

---

[1] عبد الرزاق أ د السنهوري.- ا رجع السابق- الصفحة 486.

دعواه انه أقرض المدعى عليه مائة دينار فأقر المدعى عليه بأنه أقترض منه المائة دينار و لم يزد على ذلك شيئا، كان هذا إقرار بسيطا، و كان حجة قاطعة على المدعى عليه.

* **الإقرار الموصوف**: يكون الإقرار موصوفا إذا تضمن الاعتراف بالواقعة المدعى بها مع إضافة واقعة أخرى مرتبطة بها نشأت وقت نشوء الواقعة الأصلية و من شأنها أن تؤثر في نتيجتها و مثال ذلك أن يدعي الداعي أن له دينا منجزا، فيقر المدعي عليه بالدين و لكنه يضيف إلى ذلك أنه دين معلق على شرط أو مضاف إلى أجل،و الإقرار الموصوف أيضا لا يقبل التجزئة فإماأن يأخذ به كله بالوصف الذي ألحق به و إما أن يترك كله. فلا يجوز للداعي أن يجزئ الإقرارفيأخذ منه ما في صالحه، و هو هنا وجود الدين، ويترك ما هو ليس في صالحه، و هو أن الدين معلق على شرط أو مضاف إلى أجل.على أنه يجوز للمقر له أن يتخذ من الإقرار وسيلة لإثبات ما يدعيه ثم يقيم الدليل على عدم صحة ما لحق به من وصف. فيكون في المثال السابق للمقر له أن يستفيد من الإقرار بالدين، وهي الواقعة الأصلية المدعى بها،ثم يلجأ إلى إثبات أن الدين لم يكن معلقا على شرط و هذا هو الوصف الذي ألحق بالواقعة الأصلية[1].

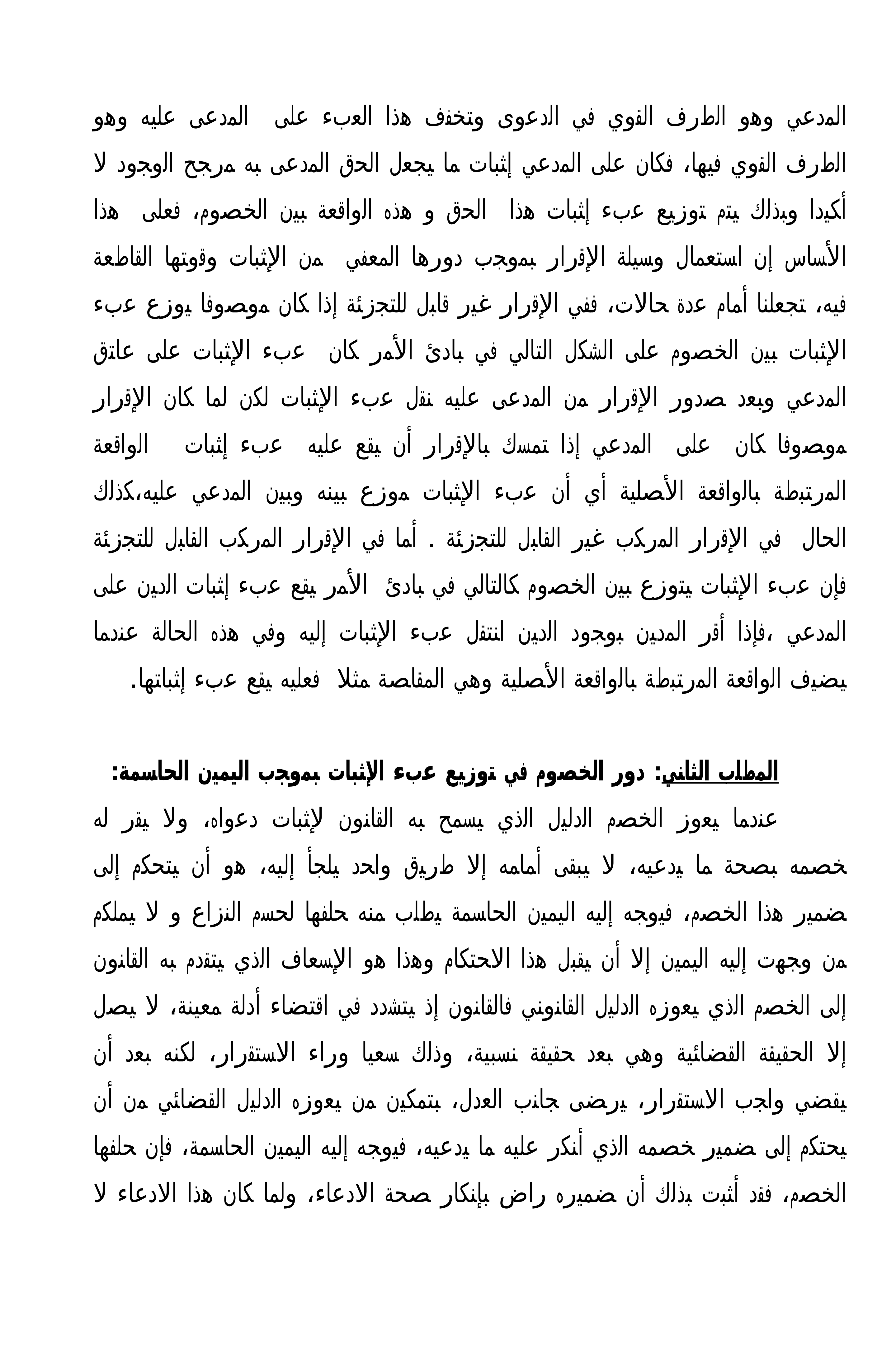
* **الإقرار المركب**: و هو الذي يتضمن إلى جانب الواقعة الأصلية واقعة أخرى مرتبطة بها،نشأت بعد نشوء الواقعة الأصلية،مثال ذلك أن يقول المدعي في دعواه أنه أقرض المدعي عليه مائة دينار،و أقر المدعي عليه أنه أقترض المائة و لكنه وفاها أوفى جزءا منها،و الفرق بين الإقرار المركب و الإقرار الموصوف أن هذا الأخير فيه تقترن الواقعة المرتبطة بالواقعة الأصلية من وقت نشوء الواقعة الأصلية،فالأجل أو الشرط قد اقترن بالدين من وقت نشوئه، أما في الإقرار المركب فالواقعة المرتبطة لا تقترن بالواقعة الأصلية من وقت نشوئها بل توجد بعدها، فالإقرار بالدين مع الوفاء به إقرار مركب يتكون من واقعة المديونية و هي الواقعة الأصلية وواقعة الوفاء و هي الواقعة المرتبطة بها،و لكنها لم تقترن بها من وقت نشوئها. و الأصل في الإقرار المركب أنه هو أيضا لا يتجزأ على صاحبه،فإذا أقر المدين أنه اقترض المائة دينار و لكنه وفاها فلا يجوز للدائن

---

[1] د/ مد حسن القاسم . الإثبات ا واد ا دنية و التجارية . ص 276

إلا أن يأخذ بالإقرار كله أو يطرحه كله،فإذا أخذ بالإقرار كله برئت ذمة المدين من الدين، و إذا طرح الدائن الإقرار كله، أعتبر الإقرار كأن لم يكن، وكان على الدائن أن يثبت الدين، وعلى المدين أن يثبت الوفاء ، فلا يجوز تجزئة الإقرار في هذه الحالة بأن يستبقي الإقرار بالقرض ويلقي عبء إثبات الوفاء على المدين ،فإن هذا يعتبر تجزئة للإقرار حيث لا تصح التجزئة . ونفس الشيء إذا أقر المدين بوجود الدين ثم انقضائه بالإبراء أو بالتجديد،و السبب في ذلك أن الواقعتان الأصلية والمرتبطة بها،متلازتمان و لا تصح فيهما التجزئة ،أما إذا كانت الواقعة المرتبطة لا تستلزم حتما وجود الواقعة الأصلية فلا تلازم ما بين الواقعتين ويمكن تصور وقوع إحداهما دون الأخرى، ومن ثم كانت التجزئة فيهما جائزة . والمثل المألوف لهذه الحالة هو الإقرار بالقرض مع وقوع المقاصة فيه بدين آخر،فالمدين هنا قد اقر بالواقعة الأصلية وهي واقعة القرض وأضاف إليها واقعة مرتبطة بها وهي وجود دين له على الدائن أوقع المقاصة بين الدينين ، فمديونية المدين للدائن لا تستلزم حتما مديونية الدائن للمدين ،كما أن مديونية الدائن للمدين لا تفترض حتما مديونية المدين للدائن , إذ أن الدين الذي يدعيه الدائن منفصل عن الدين الذي يدعيه المدين , و من ثم صحت التجزئة قي هذا الإقرار , فيعتبر الإقرار قائما فيما هو في صالح الدائن فيكون القرض ثابتا بالإقرار و لا يكلف الدائن عبء إثباته , أما بقية الإقرار فلا يؤخذ به و لا ينتقل عبء الإثبات فيه إلى الدائن , بل المدين هو الذي يكلف بإثباته إذا أصر عليه، فإذا أصر عليه ثم عجز عن إثباته بقي الإ قرار قائما في إثبات القرض ، ويكون الإقرار تجزأ على هذا النحو، أخذ منه الدائن ما هو في صالحه وألقى عبء إثبات ما ليس في صالحه على المدين والمعيار الذي أتخذ هنا لمعرفة ما إذا كان الإقرار المركب لايتجزأ على صاحبه أو يتجزأ هو معيار تشريعي ذكره التقنين المدني في المادة342 في فقرتها الثانية، و مسألة عدم تجزئة الإقرار أو عدم تجزئته من مسائل القانون تخضع لرقابة المحكمة العليا، لكن يجب أن تثار مسألة التجزئة أمام محكمة الموضوع، فلا يصح أن تثار لأول مرة أمام المحكمة العليا .

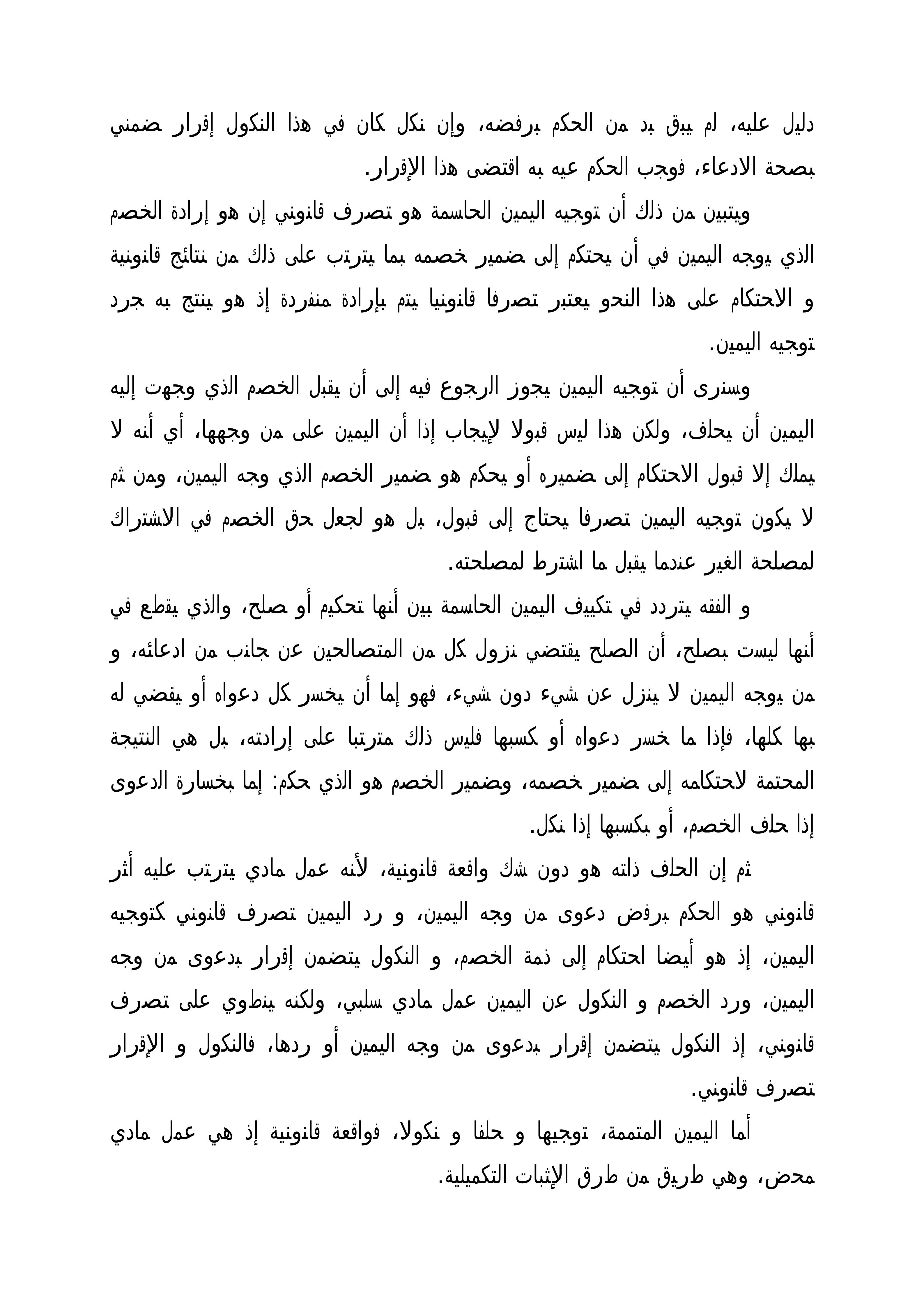
*من خلال ما تقدم يمكن الكشف عن دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بينهم بموجب وسيلة الإقرار، حيث أنه انطلاقا من القاعدة العامة التي توقع عبء الإثبات على



المدعي وهو الطرف القوي في الدعوى وتخفف هذا العبء على المدعى عليه وهو الطرف القوي فيها، فكان على المدعي إثبات ما يجعل الحق المدعى به مرجح الوجود لا أكيدا وبذلك يتم توزيع عبء إثبات هذا الحق و هذه الواقعة بين الخصوم، فعلى هذا الأساس إن استعمال وسيلة الإقرار بموجب دورها المعفي من الإثبات وقوتها القاطعة فيه، تجعلنا أمام عدة حالات، ففي الإقرار غير قابل للتجزئة إذا كان موصوفا يوزع عبء الإثبات بين الخصوم على الشكل التالي في بادئ الأمر كان عبء الإثبات على عاتق المدعي وبعد صدور الإقرار من المدعى عليه نقل عبء الإثبات لكن لما كان الإقرار موصوفا كان على المدعي إذا تمسك بالإقرار أن يقع عليه عبء إثبات الواقعة المرتبطة بالواقعة الأصلية أي أن عبء الإثبات موزع بينه وبين المدعي عليه،كذلك الحال في الإقرار المركب غير القابل للتجزئة . أما في الإقرار المركب القابل للتجزئة فإن عبء الإثبات يتوزع بين الخصوم كالتالي في بادئ الأمر يقع عبء إثبات الدين على المدعي ،فإذا أقر المدين بوجود الدين انتقل عبء الإثبات إليه وفي هذه الحالة عندما يضيف الواقعة المرتبطة بالواقعة الأصلية وهي المقاصة مثلا فعليه يقع عبء إثباتها.

<u>المطلب الثاني</u>: دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بموجب اليمين الحاسمة:

عندما يعوز الخصم الدليل الذي يسمح به القانون لإثبات دعواه، ولا يقر له خصمه بصحة ما يدعيه، لا يبقى أمامه إلا طريق واحد يلجأ إليه، هو أن يتحكم إلى ضمير هذا الخصم، فيوجه إليه اليمين الحاسمة يطلب منه حلفها لحسم النزاع و لا يملكم من وجهت إليه اليمين إلا أن يقبل هذا الاحتكام وهذا هو الإسعاف الذي يتقدم به القانون إلى الخصم الذي يعوزه الدليل القانوني فالقانون إذ يتشدد في اقتضاء أدلة معينة، لا يصل إلا الحقيقة القضائية وهي بعد حقيقة نسبية، وذلك سعيا وراء الاستقرار، لكنه بعد أن يقضي واجب الاستقرار، يرضى جانب العدل، بتمكين من يعوزه الدليل القضائي من أن يحتكم إلى ضمير خصمه الذي أنكر عليه ما يدعيه، فيوجه إليه اليمين الحاسمة، فإن حلفها الخصم، فقد أثبت بذلك أن ضميره راض بإنكار صحة الادعاء، ولما كان هذا الادعاء لا



دليل عليه، لم يبق بد من الحكم برفضه، وإن نكل كان في هذا النكول إقرار ضمني بصحة الادعاء، فوجب الحكم عيه به اقتضى هذا الإقرار.

ويتبين من ذلك أن توجيه اليمين الحاسمة هو تصرف قانوني إن هو إرادة الخصم الذي يوجه اليمين في أن يحتكم إلى ضمير خصمه بما يترتب على ذلك من نتائج قانونية و الاحتكام على هذا النحو يعتبر تصرفا قانونيا يتم بإرادة منفردة إذ هو ينتج به جرد توجيه اليمين.

وسنرى أن توجيه اليمين يجوز الرجوع فيه إلى أن يقبل الخصم الذي وجهت إليه اليمين أن يحاف، ولكن هذا ليس قبولا لإيجاب إذا أن اليمين على من وجهها، أي أنه لا يملك إلا قبول الاحتكام إلى ضميره أو يحكم هو ضمير الخصم الذي وجه اليمين، ومن ثم لا يكون توجيه اليمين تصرفا يحتاج إلى قبول، بل هو لجعل حق الخصم في الاشتراك لمصلحة الغير عندما يقبل ما اشترط لمصلحته.

و الفقه يتردد في تكييف اليمين الحاسمة بين أنها تحكيم أو صلح، والذي يقطع في أنها ليست بصلح، أن الصلح يقتضي نزول كل من المتصالحين عن جانب من ادعائه، و من يوجه اليمين لا ينزل عن شيء دون شيء، فهو إما أن يخسر كل دعواه أو يقضي له بها كلها، فإذا ما خسر دعواه أو كسبها فليس ذلك مترتبا على إرادته، بل هي النتيجة المحتمة لاحتكامه إلى ضمير خصمه، وضمير الخصم هو الذي حكم: إما بخسارة الدعوى إذا حلف الخصم، أو بكسبها إذا نكل.

ثم إن الحلف ذاته هو دون شك واقعة قانونية، لأنه عمل مادي يترتب عليه أثر قانوني هو الحكم برفض دعوى من وجه اليمين، و رد اليمين تصرف قانوني كتوجيه اليمين، إذ هو أيضا احتكام إلى ذمة الخصم، و النكول يتضمن إقرار بدعوى من وجه اليمين، ورد الخصم و النكول عن اليمين عمل مادي سلبي، ولكنه ينطوي على تصرف قانوني، إذ النكول يتضمن إقرار بدعوى من وجه اليمين أو ردها، فالنكول و الإقرار تصرف قانوني.

أما اليمين المتممة، توجيها و حلفا و نكولا، فواقعة قانونية إذ هي عمل مادي محض، وهي طريق من طرق الإثبات التكميلية.

وحقيقة اليمين الحاسمة أنها تعفي الخصم من إقامة الدليل لإثبات مزاعمه ولذلك فهي وحدها التي تصلح لتكون موضوع دراسة هذا الفصل. و تتميز اليمين الحاسمة في أنها حق من حقوق الخصم و لا يستحلف الخصم إلا بناءا على طلب الخصم الآخر.

وتفترق اليمين عن البينة، في أن اليمين شرعت لإثبات خلاف الظاهر، ومعنى ذلك أن المدعى عليه بإنكاره يعتبر متمسكا بالحالة الأصلية وهي براءة ذمته، فيجب قبول قوله إلى أن يثبت شغل ذمته بسبب طارئ، لكن نظرا لاحتمال كذب المدعى عليه بإنكاره فإنه يوثق قوله باليمين التي يؤديها. إذا طلب المدعي تحليفه عندما يعجز عن الإثبات.

وتقضي القاعدة العامة، أن من كان القول قوله يصدق بيمينه.

أما مفهوم اليمين في الشريعة الإسلامية فالأصل في الإثبات عند الفقهاء المسلمين هو البينة، أما اليمين فهي بديل عنها، ولهذا فإنها لا تشرع إلا عند تعذر البينة و لقد نسب إلى الإمام الشافعي قوله: "إن اليمين أقل حجة في الشريعة الإسلامية بسبب أننا لم نجد مرجحا عند الاستواء إلا اليمين".

و يرى ابن عابدين في التكملة أن اليمين ليست طريقا من طرق القضاء، لأن المنكر إذا حلف وعجز المدعي عن البينة فإن الشيء المدعى به يترك في يد المدعى عليه لا قضاءا له بيمينه، و إنما لعدم قدرة المدعي على الإثبات و حجتهم في ذلك قوله عليه الصلاة و السلام:" اليمين على من أنكر"، فهذا الحديث يدل على أن القول قول المدعى عليه، لأنه متمسك بالأصل الذي هو براءة ذمته و انتفاء حق الغير عنه[1]. وشرعت اليمين للحاجة إليها لدفع التهمة، و هي تهمة الكذب عن المدعى عليه في حالة إنكاره للدعوى، ومن ثم يشترط في الشيء المدعى به أن يكون محتملا للإقرار به شرعا و إلا فلا يمكن أن يستحلف فيه[2].

وبعد أن كيفنا اليمين الحاسمة نتناول هذه اليمين في مطلبين.

الأول: توجيه اليمين الحاسمة.

الثاني: الآثار المترتبة على توجيه اليمين الحاسمة.

---

[1] ابن عابدين – ا زء الأول – ص 220

[2] بكوش ي – أدلة الاثبات القانون ا د ا زائري و الفقه الإسلامي – دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة – ص 338.

أولا: توجيه اليمين الحاسمة:

تنقسم اليمين إلى قسمين:

يمين قضائية:(serment judiciaire) تؤدى أمام الهيئة القضائية.

ويمين غير قضائية: تؤدى خارج الهيئة القضائية و يتفق عليها الأطراف و لكنها قليلة الوقوع.

كما تنقسم اليمين القضائية بدورها إلى قسمين:

يمين حاسمة: (serment décisoire)

و يمين متممة:(serment supplétoire)

ولم يتعرض القانون المدني إلى تعريف اليمين القضائية، وقد تكلم عليها في المواد من 343 إلى 350 منه.

كما تعرض قانون الإجراءات المدنية إلى كيفية أداء اليمين القضائية، وإلى صيغتها في المادتين 433 إلى 434 منه.

وسنتناول بالدراسة في هذا المطلب نقطتان أساسيتان و هما:

أولا: شروط توجيه اليمين الحاسمة و موضوعها وزمن توجيهها.

ثانيا: عدم جواز الرجوع في اليمين الحاسمة.

1)- شروط توجيه اليمين الحاسمة وموضوعها وزمن توجيهها:

تنص المادة 343 من قانون المدني على أنه:" يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، على أنه يجوز للقاضي منع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك".

الأصل: أن المدعى عليه إذا أنكر الدعوى، سأل القاضي المدعي: ألك بينة؟ فإن كانت له بينة أدلى بها، و إلا فإن على القاضي أن يفهم المدعي أن من حقه أن يستحصل اليمين من خصمه المنكر و بعبارة أخرى: إن كل خصم وقع عليه إثبات واقعة ما

يستطيع، أن يوجه إلى الخصم الآخر يمينا إذا أعوزه الدليل لإثبات تلك الواقعة، وبذلك يستبدل عبء الإثبات، بالاحتكام إلى ضمير خصمه[1].

والحلف حق خاص بالخصم، وقد استقرت على هذا أحكام القضاء فليس من حق القاضي أن يتولى تحليف الخصم بدون طلب خصمه، لأنه قد تكون للخصم مصلحة في إرجاء الحلف أملا في الوصول إلى مصالحة، أو في استخلاص إقرار، أو بينة غائبة، أو رجوع المنكر على إنكاره.

وفي مقابل ذلك، لا يجوز أن للمنكر أن يسرع و يتبرع باليمين بدون طلب الحاكم و إذا حلف المنكر تبرعا، أو بدون طلب المدعي، وقعت اليمين لغوا، و كان من حق المدعي طلب إعادة أدائها.[2]

ولما كان توجيه اليمين تصرفا خطير الأهمية، لأنه يتوقف عليه مصير النزاع فإنه يشترط في الخصم الذي يوجهها أن تكون له أهلية التصرف، كما يجب أن تكون إرادته صحيحة، غير مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه و بما أن اليمين الحاسمة تعتبر مصالحة من طرف الخصم فيجب تطبيق قواعد الأهلية المتعلقة بالمصالحة، فتص المادة 460 من القانون المدني الجزائري على أنه يشترط في من يصالح أن يكون أهلا للتصرف بعوض في العقود التي يشتملها عقد الصلح.

ويشترط في رد اليمين ما يشترط في توجيهها إذ أن ردها كتوجيهها تصرف قانوني بإرادة منفردة، فالقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد، أي 19 عاما حسب المادة 40 من القانون المدني، و المحجور عليه لا يجوز لهما توجيه اليمين أو ردها إلى بواسطة ممثليهما القانونيين.

وتنص المادة 574 من القانون المدني على أنه " لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، لا سيما في البيع و الرهن و التبرع و الصلح و الإقرار و التحكيم و توجيه اليمين، و المرافعة أمام القضاء" .

---

[1] بكوش ي – ا رجع السابق – ص 308

[2] ا لس الأعلى : رقم ا لف 8983 الصادر بتاريخ 1975/12/10 – غ منشور

وعليه فإنه لا تكفي الوكالة العامة، ولو كانت مطلقة أو غير محدودة، لتوجيه اليمين بالنيابة أمام القضاء، كما انه لا يصح توجيه اليمين من محام الخصم، ما لم يكن التوكيل الصادر إليه منصوصا فيه على تفويضه في توجيه اليمين، وقد قضي بأن المفوض بالمصالحة لا يمكن له أن يوجه اليمين باسم مفوضه.[1]

ولا يملك الأشخاص المكلفون قانونا بإدارة مصالح الغير صلاحية توجيه اليمين باسم هذا الغير، إلا إذا كانوا يملكون سلطة ذلك مثل الوصي، ووكيل التفليسة، ورئيس البلدية.

ويلاحظ أنه، وإن كانت اليمين من حق الخصم، إلا أن للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، فيستطيع القاضي منع الخصم من إساءة استعمال هذا الحق، وله أن يرفض توجيه اليمين إذا كانت الواقعة موضوع الحلف ليست متعلقة بالشخص الحالف أو ليست منتجة في النزاع أو ليست حاسمة فيه بوضع حل نهائي له، أو إذا كان يستفاد من الأوراق ما يثبت قطعا عدم صحة دعوى طالب اليمين، ففي هذه الحالات و أشباهها يجوز للقاضي أن يتدخل لمنع الخصم من التعسف في استعمال حقه، ولكن بشرط أن يقوم بتسبيب ذلك.

وهذه السلطة هي من اختصاصات قضاة الموضوع، وليست عليهم فيها أية رقابة من طرف المحكمة العليا على أنه، إذا كانت اليمين الموجهة واضحة الألفاظ و محددة المحتوى، وقاطعة في النزاع في حالتي الحلف و النكول، فليس من حق القضاة أن يمنعوا ردها، لأن اليمين الحاسمة يجوز توجيهها في أية حالة تكون عليها الدعوى.

---

[1] دالوز – ا وسوعة الإجرائية – البينة 1191.

- **من يحق له توجيه اليمين الحاسمة:**

إن الذي يوجه اليمين الحاسمة هو أي من الخصمين يكون عليه عبء إثبات واقعة قانونية، فالمدعي يقع عليه عبء إثبات الدعوى، و المدعى عليه هو الذي يثبت الدفع، فيستطيع أي منهما أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه فيما يجب عليه هو أن يثبته، فيستبدل بعبء الإثبات الإحتكام إلى ضمير الخصم.

ولما كان توجيه اليمين الحاسمة كما قدمنا تصرف قانوني، إذ هو تحكيم لضمير الخصم، فإنه يجب لصحته ما يجب لصحة المصالحة طبقا للمادة 460 من القانون المدني و هذا من ناحية الأهلية.

و من ناحية الإرادة يجب أن يكون توجيه اليمين الحاسمة غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه.

أما من ناحية التوكيل في توجيه اليمين فيجب أن تكون هناك وكالة خاصة، كما أنه ترد عليه الصورية كما ترد على الإقرار، ويكون ذلك نتيجة لتواطؤ الخصمين إضرارا بحقوق الغير كالدائنين و الشركاء و الخلف، فيخفي الخصم الأدلة التي يملكها لإثبات حقه، ويقتصر على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه، فيحلفها هذا، فيخسر المدعي دعواه و يضر بذلك دائنيه وشركاءه و الخلف و غيرهم ممن لهم مصلحة، فيجوز لهؤلاء التدخل في الدعوى قبل صدور الحكم لمنع الإضرار بحقوقهم، أو يعارضوا فيه عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة لإثبات التواطؤ.

وإذا كان لأي من الخصمين ممن يحمل عبء الإثبات توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه، فإن للقاضي رقابة عليه في توجيه هذه اليمين، فاليمين الحاسمة يوجهها الخصم لا القاضي على انه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها ومعني ذلك أن توجيه اليمين الحاسمة يكون دائما معلقا على إذن القاضي وله أن يمنع توجيهها إذا رأى أنها كيدية.

ويلاحظ انه إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها غير محتملة الصدق أو كذبتها مستندات الدعوى وكانت غير منتجة كان مدعي الواقعة وهو يوجه اليمين إلي خصمه متعسفا في توجيهها، فيتدخل القاضي لمنعه.

أما إذا كانت الواقعة ثابتة دون حاجة إلى حلف اليمين والذي يتعسف في توجيه اليمين هو الخصم الآخر فلا يقبل القاضي توجيه هذه اليمين لأنه يستطيع الحكم بثبوت الحق المدعى به بمقتضى الأدلة المقدمة دون حاجة إلى تحليف المدعي أية يمين.

فرقابة القاضي لمنع التعسف في توجيه اليمين على النحو الذي بسطناه تعتبر خطوة طيبة نحو إيجابية موقف القاضي من الإثبات.[1]

لمـن تـوجـه اليـمـين الحـاسـمـة؟

توجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر الذي له حق المطالبة بالإثبات وتوجيه اليمين إليه تقلب موقفه. فبعد أن كان غير مكلف بشيء وما عليه إلا أن ينتظر من خصمه تقديم الدليل على دعواه فإن لم يقدم هذا الدليل خسر الدعوى وخرج الخصم من القضية منتصرا دون أن يقوم بعمل، إذا به بعد أن وجهت إليه اليمين يرى نفسه مضطرا إلى قبول احتكام خصمه إلى ضميره، إذا لم يختر هو بدوره أن يحتكم إلي ضمير خصمه برد اليمين عليه، فهو إنما يكسب الدعوى إذا حلف اليمين، فأصبح عندئذ مكلفا بشيء يقوم به حتى يكسب الدعوى، وقد كان قبل توجيه اليمين إليه غير مكلف بشيء. وإذا نكل عن حلف اليمين، كان في هذا معنى الإقرار بحق خصمه، فالإقرار ينطوي على نزول عن حق المطالبة بالإثبات، وهو الحق الذي كان له قبل توجيه اليمين إليه.

فلا يجوز توجيه اليمين إلا إلي خصم أصلي في الدعوى، فإذا رفع الدائن باسم مدينه دعوى الدين على مدين مدينه، فلا يجوز للمدعي عليه في هذه الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى دائن الدائن لأنه ليس نائبا عن الدائن و ليس خصما اصليا في الدعوى، فيجب أن يكون توجيه اليمين إلى الدائن وهو الخصم الأصلي بعد إدخاله في الدعوى ولا توجه اليمين إلى الوكيل إذا كانت الواقعة المراد إثباتها منسوبة إلى الأصيل.

كما أنه يجب أن تتوافر فيمن توجه إليه اليمين أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه فيه باليمين، ذلك أن كل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون قادرا على الخيار ما بين الحلف والرد والنكول، ورد اليمين كتوجيهها تشترط فيه أهلية التصرف،

---

[1] عبد الرزاق أ د السنهوري – ا رجع السابق – ص 682-691 – 692 - 696

والنكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق، ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين إلى قاصر لم يبلغ سن الرشد إلا فيما يملك من أعمال الإدارة، ولا للمحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه، ولا يجوز توجيهها إلى النائب عن هؤلاء كوصي أو قيم إلا عن أعمال صدرت منه شخصيا أو عن أعمال الإدارة التي يملكها، أما الولي فيملك التصرف في مال الصغير، فيجوز توجيه اليمين إليه.

ويجب أن تتوفر أهلية التصرف فيمن توجه إليه اليمين وقت الحلف لا وقت توجيه اليمين، كما انه يجوز التوكيل في توجيه اليمين بمقتضى وكالة خاصة فإنه لا يجوز التوكيل أصلا في حلف اليمين, ذلك أن النيابة تجرى في الاستحلاف ولا تجرى في الحلف.

***_متى توجه اليمين الحاسمة؟**

تنص المادة344 /ف2 من القانون المدني على أنه " يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة تكون عليها الدعوى".

وانطلاقا من هذا النص فيمكن توجيه اليمين الحاسمة في جميع مراحل الدعوى، ما دام لم يصدر في القضية حكم نهائي، وذلك لان الخاصية الأساسية لهذه اليمين هي إنهاء النزاع، والتنازل عما عداها من أدلة إثبات.

كما يجوز للخصم بعد قفل باب المرافعة طلب إعادة فتحها و توجيه اليمين إلى خصمه، ويمكن أيضا توجيه اليمين طالما لم يصدر في النزاع حكم تعلقت به حجية الشيء المحكوم فيه، ولو كان قد صدرت في النزاع أحكام تحضيرية أو تمهيدية، تم تنفيذها ولو وقع في القضية خبرة أو تحقيق.

كما انه يمكن توجيه اليمين الحاسمة لأول مرة أمام المجلس القضائي في حالة الاستئناف ولكن لا يمكن توجيهها لأول مرة أمام المحكمة العليا.

ويجوز توجيه هذه اليمين أيضا أمام جميع جهات القضاء المدنية و التجارية، ولكنها لا توجه أمام قاضي الأمور المستعجلة وذلك لان من خاصية القضاء المستعجل أنه

قضاء وقتي وانه لا يمس بأصل الحق، بينما تتميز اليمين الحاسمة بأنها من شانها وضع حد نهائي للنزاع بصفة قاطعة[1].

_هل يجوز توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط ؟

ليس في القانون ما يمنع من أن يوجه الخصم يمينا إلى خصمه على سبيل الاحتياط ولكن الخلاف يتعلق بتكييف هذه اليمين الموجهة على هذه الصفة.

ويحسن هنا أن نميز بين فروض ثلاثة حتى لا يقع لبس فيما بينها ولا يختلط بعضها ببعض.

الفرض الأول: أن يقدم الخصم أدلة على ادعائه فيفحصها القاضي ولا يقتنع بها وإذا عرف الخصم منه ذلك، ينزل عما قدم من أدلة ويقتصر على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه، وهذا دون شك جائز.

الفرض الثاني: أن يوجه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه ويقول أنه يوجهها ابتداء حتى إذا حلفها الخصم فإنه يحتفظ لنفسه بالحق في تقديم أدلة أخرى وهذا دون شك غير جائز، فإنه متى حلف الخصم اليمين، خسر من وجهها إليه دعواه, ولا يسمح له بالرجوع إلى هذه الدعوى، بل إن مجرد القبول الخصم لحلف اليمين الموجهة إليه تمنعه من وجه اليمين من الرجوع في توجيهها، ومن ثم تمنعه من التقدم بأدلة أخرى.

الفرض الثالث:أن يقدم الخصم أدلة على أدائه ويقول انه على سبيل الاحتياط, في حالة ما إذا لم يقتنع القاضي بهذه الأدلة، يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه، وهذا هو توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط وهو الفرض الدقيق الذي نقف عنده قليلا، ونذكر بادئ ذي بدء أن الخصم قد يجد نفسه في حاجة إلى هذا الاحتياط، فقد يكون الحكم الذي يوشك أن يصدر في دعواه حكما نهائيا، بأن كانت الدعوى أمام محكمة الاستئناف أو كانت مما لا يجوز الاستئناف فيه، وقد قدم ما في وسعه أن يقدمه من أدلة الإثبات وهو في شك من اقتناع القاضي بها، فيخشى أن هو ترك القاضي يفصل في الدعوى بحالتها هذه، أن يصدر حكم نهائي برفضها، فلا يستطيع بعد ذلك أن يوجه اليمين إلى خصمه

---

[1] ي بكوش – أدلة الإثبات القانون ا د ا زائري و الفقه الإسلامي – ص 313-314

لذلك يطالب في حالة ما إذا لم يقتنع القاضي بالأدلة المقدمة أن تعاد القضية إلى المرافعة لتوجيه اليمين الحاسمة، فطلب إعادة القضية للمرافعة هو طلب معلق على شرط عدم اقتناع القاضي بها فهو يحتفظ لنفسه على سبيل الاحتياط بتوجيه اليمين.

فهذا الفرض الثالث لا تثريب على الخصم فيه، فهو يقدم أدلته و يطلب في الوقت ذاته توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه إذا لم تقتنع المحكمة بهذه الأدلة، و ما دام يستطيع توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائي، فالفرض الذي نحن بصدده لم يصدر حكم نهائي، فيجوز له إذن أن يوجه اليمين الحاسمة في هذه الحالة من حالات الدعوى[1].

- و في اعتقادنا فإن العدالة تقضي بأن يسمح للخصم بعرض أدلته على المحكمة مع الاحتفاظ بحقه في توجيه اليمين إذا لم تر المحكمة ضده الأدلة كافية، لأن اليمين في هذه الحالة ليست إلا طريق إثبات احتياطي يلجأ إليه الخصم عندما يعوزه الدليل، فيجب أن يبقى هذا الطريق مفتوحا أمامه إلى أن يستنفذ ما لديه من أدلة.

- **هل يمكن الاتفاق على عدم توجيه اليمين؟**

قد يكره الشخص أن توجه إليه اليمين لاعتبارات مختلفة فيحتاط لنفسه بالاتفاق مع من يتعاقد معه على عدم توجيه اليمين إليه في أي نزاع ينشأ بينهما مستقبلا بسبب تنفيذ العقد، فهل يصح هذا النوع من الاتفاق؟

يعتقد بعض الفقهاء أن هذا الاتفاق صحيح لأنه ليس فيه ما يخالف النظام العام و الآداب العامة[2].

و لكن بعض المحاكم المصرية قضت بعكس ذلك، و قد بنت أحكامها على أن الاتفاق في هذه الحالة يكون حاصلا قبل وجود أية خصومة أي في وقت لا يستطيع المتعهد أن يقدر فيه مدى تعهده[3].

---

1 عبد الرزاق أ د السنهوري – ا ع السابق – ص 697-702

2 سعدون العامري – موجز نظرية الإثبات – ص 118

3 سليمان مر قس - موجز أصول الإثبات ا واد ا دنية – ص 134.

و في القانون المدني الجزائري لا يوجد أي نص يشير إلى جواز الأطراف في الاتفاق على عدم توجيه اليمين الحاسمة و هو ما سنتطرق إليه بالدراسة لاحقا.

***موضوع اليمين الحاسمة:**

تنص المادة 344 من القانون المدني على أنه:"لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام، و يجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين، فإذا كانت غير شخصية له، قامت اليمين على مجرد علمه بها".

فيمكن أن يتعلق موضوع اليمين بجميع أنواع المنازعات بدون تمييز بين ما إذا كان النزاع شخصيا، أو عينيا، أو مدنيا أو تجاريا، و سواء كان النزاع يدور حول الملكية العقارية، و الحقوق المتفرعة عنها، أو بالحيازة المجردة.

كما يمكن أن تتعلق اليمين بالنزاع الذي تجاوز مقداره حدود النصاب القانوني أي 1000 دج أو لإثبات ما يجاوز أو يخالف مضمون كتابة بين الخصوم، و لو بدون وجود بداية ثبوت بالكتابة.

لكن لا يمكن قبول اليمين الحاسمة لإثبات ما يخالف أو يجاوز مضمون كتابة رسمية بالنسبة للوقائع التي تعتبر ثابتة فيها إلى أن يطعن فيها بالتزوير[1].

كما يمكن توجيه اليمين الحاسمة لإثبات وقائع غير أخلاقية أو غير شرعية مثل الأفعال الربوية أو وقائع الإغراء لإثبات انعدام حرية التعاقد المتنازع فيه، فيجوز للمقترض أن يوجه اليمين إلى المقرض ليحلف على أن مبلغ القرض الذي يطالب به لا يشتمل على فوائد ربوية فاحشة، و يجوز للمدين بسند أن يوجه اليمين إلى الدائن ليحلف أن سبب الدين ليس سبب غير مشروع كمقامرة أو رهان.

و لكن لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فيما يتعلق بالوقائع التي تمس الدعوى العمومية أثناء المرافعة الجزائية، سواء كانت يمينا حاسمة أو يمينا متممة، تأسيسا على أنه

---

[1] موسوعة دالوز للإجراءات – إثبات – 1210.

لا يصح أن يكون النكول عن اليمين دليلا على ارتكاب الجريمة و لا يجوز إحراج مركز الخصم و تحليفه مدنيا على ما لا يجوز التحليف عليه جنائيا.

و لا ترد اليمين على مسألة من مسائل القانون ذلك أن استخلاص حكم القانون من شأن القاضي وحده لا من شأن الخصوم.

و على العموم يمكن أن ترد اليمين على أي نوع من أنواع الدعاوى، و يتعين على المحكمة التي تقدر عدم لزوم توجيه اليمين تسبيب حكمها على أن اليمين الحاسمة ترد على واقعة حاسمة في الدعوى لأن مهمة هذه اليمين هو حسم النزاع و هي بمجرد توجيهها إلى الخصم تقرر مصير الدعوى، فإن حلفها خسر المدعي دعواه، وإذا نكل أجيب المدعي إلى طلباته، وإذا ردها و حلف المدعي كسب الدعوى، أو ردها و نكل المدعي خسر الدعوى، فعلى أي وجه من الوجوه تنتهي اليمين الحاسمة، فإن النزاع لابد أن ينحسم بها، و كون الواقعة متعلقة بالدعوى و حاسمة في النزاع أم لا هي مسألة واقع لا مسألة قانون، ومن ثم فهي غير خاضعة لرقابة المحكمة العليا.

على أنه إذا قضت المحكمة بعدم قبول اليمين أو رفضها فإن حكمها يكون موضوع رقابة من المحكمة العليا.

كما أنه يجب عدم مخالفة الواقعة للنظام العام، و يجب أن تكون الواقعة التي يطلب الحلف عليها غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب و ذلك لأن توجيه اليمين الحاسمة هو في حقيقة الأمر مصالحة أو تحكيم كما تقدم و كل من المصالحة و التحكيم يتضمن تنازلا عن بعض الحقوق، و من ثم لا يصح للمرء أن يتصرف فيها، و أن يقر بها و مثالها مسائل الأحوال الشخصية و خاصة منها الأهلية (المادة 45 من القانون المدني) والحرية الشخصية (المادة 46 من القانون المدني) والجنسية لتعلق هذه المسائل بمجال النظام العام كما لا يجوز توجيهها في مسائل النكاح و الطلاق و النسب و الخلع.

و لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة لإقامة الدليل على تصرف يشترط القانون لوجوده شكلا خاصا كالكتابة، لأن الكتابة ليست مجرد دليل فحسب بل هي شرط من شروط الانعقاد و ذلك مثل التعامل في بعض المجالات التجارية و العقارية.كما لا تقبل

اليمين لنقض قرينة قانونية على اعتبارات ترجع إلى النظام العام مثل قرينة حجية الأحكام.

و يلاحظ أنه في جميع الحالات التي لا يجوز فيها توجيه اليمين يستطيع الخصم الموجهة إليه أن يرفضها أو يمتنع عن أدائها، و على فرض قبوله فإن على المحكمة أن تمنع ذلك[1].

2) عدم جواز الرجوع في اليمين الحاسمة:

تنص المادة 345 من القانون المدني على أنه "لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف ذلك اليمين"

فمن هذا النص يتبين أنه يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: و هي حالة سابقة لقبول اليمين.

طالما لم يعلن الخصم عن قبوله لأداء اليمين الموجهة إليه، فإن بإمكان الخصم الموجه لها أن يرجع عنها، شأنه في ذلك شأن أي اتفاق، فالقبول وحده هو الذي يمنع من الرجوع عن اليمين.

و لا يخضع هذا الرجوع لأي شكل خاص فيمكن أن يكون صريحا، إما بمذكرات مودعة أمام المحكمة أو بعمل خارج عن القضاء إذا بلغ إلى الخصم، كما يمكن أن يكون الرجوع ضمنيا إذا استفيد ذلك من ظروف الدعوى[2].

و قد قضي بأن الخصم الذي يوجه اليمين إلى الخصم الأخر يعتبر متراجعا عن توجيه تلك اليمين إذا قام باستئناف الحكم الذي يتضمن توجيهها و يمكن أن يكون الرجوع صادرا عن الخصم الذي قام بتوجيه اليمين، كما يمكن أن يكون صادرا من الخصم الذي ردها، ففي الحالة الأولى يزول كل أثر لليمين الحاسمة أما في الثانية فتزول اليمين وحدها و يبقى توجيهها قائما.

---

1 عبد الرزاق أ د السنهوري – ا رجع السابق – ص 702-710

2 ي بكوش – ا رجع السابق – ص 315-320

<u>الحالة الثانية</u>: و بعد قبول الخصم لأداء اليمين الموجهة إليه، ينعقد الاتفاق بصفة نهائية، بحيث لا يمكن لمن وجهها أن يرجع عنها، كما لا يمكن لمن قبلها أن يتنصل من هذا القبول.

ومفاد ذلك أنه إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها و لا في تعلقها بالدعوى، وجب عليه إن كان حاضرا بنفسه أن يحلفها فورا أو يردها على خصمه، و إلا اعتبر ناكلا، و يجوز للمحكمة أن تعطيه ميعادا للحلف إذا رأت لذلك وجها، فإن لم يكن حاضرا وجب تكليفه على أيد محضر بالحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة و في اليوم الذي حددته، فإن حضر و امتنع دون أن ينازع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلا كذلك.

و لا يعبر قبولا لليمين أن يرضى الخصم بحلفها على بعض الوقائع دون البعض الآخر لأن الحكمة من اليمين هي وضع حد نهائي للنزاع كله.

على أن التعديل البسيط لليمين، لكي تصبح منتجة في الدعوى لا يعد رفضا لها كما أنه إذا صدر إقرار من الخصم الذي وجهت إليه اليمين، لم يكن هناك محل لليمين، و يعد هذا الإقرار أقوى من النكول عن اليمين، و عليه فيجوز لمن وجه اليمين أن يرجع عنها.

و يلاحظ أن بإمكان الخصم بعد قبوله اليمين، أن يقيم الدليل على أن قبوله كان نتيجة وجود عيب في إرادته من إكراه أو تدليس أو غلط و يطلب الرجوع عن قبوله[1].

<u>ثانيا</u>: الآثار المترتبة على توجيه اليمين الحاسمة.

إذا وجهت اليمين الحاسمة إلى الخصم وفقا للأحكام السالفة الذكر، لم يصغ هذا الخصم إلا أحد الأمرين: إما أن يحلف اليمين، و إما أن يردها على من وجهها، فإذا لم يحلف اليمين أو يردها، عد ناكلا و خسر الدعوى. فتوجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم يترتب عليه حتما من جانب هذا الخصم أحد مواقف الثلاثة:

---

1 عبد الرزاق أ د السنهوري – ا رجع السابق – ص 715

- إما أن يحلف اليمين.
- إما أن يردها على خصمه.
- إما أن يمتنع عن الحلف فيعد ناكلا.

ثم إن لحلف اليمين أو النكول عنها حجية حددها القانون مع جواز نقلها فهذه المسائل الخمس نتكلم فيها على التعاقب.

1- حلف اليمين و ردها و النكول عنها:

يترتب على عملية توجيه اليمين الحاسمة ثلاث احتمالات، فإن الخصم إما أن يقبل اليمين و يقوم بأدائها و إما أن يردها على صاحبها و إما أن يرفض أدائها و لا يردها.

و هناك أثار لليمين تتعلق بأشخاص الخصومة و سنتولى دراسة ذلك على النحو الآتي:

***أن يقوم الخصم بأداء اليمين:**

إذا حلف الخصم الذي وجهت إليه اليمين، أصبح مضمون تلك اليمين حجة ملزمة للمحكمة بحيث أن المدعى عليه إذا أقسم المدعي عليه بإنكار دعوى المدعي، فإن على المحكمة أن تقضي برفض الدعوى دون النظر إلى قناعتها أو عدم قناعتها بصحتها، فالقاضي يفقد كل السلطة في تقدير مضمون اليمين لأن اليمين الحاسمة عملية اتفاق بين الطرفين و لا يجوز للقاضي أن يتدخل في الاتفاقات و إنما تنحصر مهمته في التأكد من عملية تأدية اليمين و ترتيب أثارها القانونية[1].

و يكون الحكم برفض الدعوى هنا حكما نهائيا، و تتعلق به حجية الشيء المحكوم فيه، لأن طبيعة اليمين إنما تحسم النزاع بصفة نهائية، فيمتنع بعد ذلك على المحكمة أن تتناول النزاع من جديد بالنسبة للواقعة موضوع اليمين، لأن اليمين تشكل حجة قاطعة لا تملك المحكمة أية سلطة تقديرية في شأنها، كما يمتنع على المحكوم عليه أن يثبت صحة الواقعة التي نكل فيها عن الحلف، و ذلك مهما كانت أدلة الإثبات، و على أساس أن اليمين

1 ي بكوش – ا رجع السابق – ص 321.

الحاسمة ذات طابع اتفاقي و رضائي من شأنه إنهاء الخصومة، فإنه يترتب على الحكم الصادر بعد اليمين عدم قبول استئناف بشأنه.

و لكن ينبغي الإشارة إلى إمكانية قبول الاستئناف إذا كان توجيه اليمين غير واقع طبقا للقانون، فإذا انصبت اليمين على واقعة مخالفة للنظام العام أو في قضايا الطلاق و الزواج و النسب أو الجنايات، كان الحكم قابلا للاستئناف.

و يكون الاستئناف جائزا إذا قامت المحكمة بتعديل اليمين بزيادة أو نقصان أدت إلى تشويهها.

ويكون الاستئناف مقبول أيضا إذا كانت اليمين مؤسسة على غش أو تدليس أو إكراه.

ويترتب على أداء اليمين أنه يمتنع على الخصم الآخر أن يحبط مفعولها بان يعمد إلى التقليل من آثارها و بيان تزويرها أو كذبها، و تنص المادة 346 من القانون المدني على أنه :

" لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه، على أنه إذا أثبت كذب اليمين حكم جزائي، فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما يكون له حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده ".

وهذا النص يفيد أن ثبوت كذب اليمين بحكم جزائي لا يؤثر فيها، يتعلق بالحكم المدني، الذي انبنا على اليمين الكاذبة من حجية الشيء المحكوم فيه، ولكنه من جهة أخرى يخول من رفضت دعواه من حكم عليه بناء على هذه اليمين الكاذبة أن يطالب تعويضات عما أصابه من ضرر.

على انه إذا كان لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين فإن بإمكانه آن يقدم بلاغا إلى النيابة العامة حتى تقوم هي بتحريك الدعوى العمومية، وليست في القواعد العامة ما يمنع من ذالك.[1]

---

[1] ي بكوش – ا رجع السابق – ص 322-323

و لكن لا يجوز للمضرور أن يتدخل في هذه الدعوى مدعيا مدنيا، ولا يجوز له إذا امتنعت النيابة العامة من تحريك الدعوى العمومية أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة.

أما إذا أقامت النيابة دعواها وصدر حكم بالإدانة أصبح نهائيا، فإنه يحق حينئذ للخصم المتضرر من اليمين الكاذبة أن يطالب بتعويضات أمام المحكمة المدنية بدعوى مستقلة.

ومع ذالك، فيبقى للحكم المؤسس على اليمين الكاذبة حجيته المطلقة ولا يفتح للخصم المتضرر أي طريق من طرق الطعن في هذا الحكم، وان الفقرة الأخيرة من المادة 346من القانون المدني قد اقتصرت على التنبيه إلى انه إذا كشف الحكم الجزائي عن وجه من وجوه إعادة النظر في الأحكام (المادة 194 من قانون الإجراءات المدنية)، أو كان سببا في الحصول على مستندات صالحة لتأييد ادعائه كان الحالف قد أخفاها أو حمل على إخفائها فإنه يجوز للخصم الذي وجه اليمين في تلك الظروف أن يطالب إعادة المحاكمة إذا كانت مدة طلب الإعادة لم تنقض، ولكنه لا يستطيع استعمال طريق من طرق الطعن لم يكن له قبل ثبوت كذب اليمين.

و يجب على الخصم الذي وجهت إليه اليمين ولم يردها على خصمه أن يؤديها بنفسه لان الخصم قد أحتكم إلى ضميره فلا يصح أن يوكل عنه غيره في الحاف، وهذا بعكس التوكيل في التحليف إذ تصح النيابة فيه، و يجب أن تؤدى اليمين بالصيغة التي قررها الحكم وهي الصيغة التي وجهها فيها الخصم، وليس للمحكمة سلطة تعديل تلك الصيغة، وهذا راجع إلى أن ليس لها حق توجيه اليمين الحاسمة بصفة تلقائية.

على أن للمحكمة أن تقوم بتعديل صيغة اليمين المبهمة تعديلا لا يؤثر في جوهر الاتفاق الذي أعربت عنه تلك اليمين، كما لا يحق للخصم أن يقوم بتغيير صيغة اليمين أصلا، وانه لا يعتبر حلفا إلا إذا آداها في صيغتها التي وجهت إليه.[1]

---

[1] ي بكوش – ا رجع السابق – ص 322- 324

*-أن يرد الخصم اليمين على من وجهها إليه :

تنص المادة 343 من القانون المدني على أنه : " لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، على أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين ".

والخصم هنا مخير بين أن يقوم بتأدية اليمين، وبين أن يردها على من وجهها إليه بشرط أن تكون الواقعة موضوع اليمين مشتركة بينهما، مثل واقعة الإقراض أو الوفاء أو البيع والسبب في ذلك هو أن اليمين الحاسمة عبارة عن احتكام إلى ضمير الخصم كما تقدم، فيستطيع الخصم الذي وجهت إليه اليمين أن يقوم بدوره بالاحتكام إلى ضمير خصمه، أما إذا كانت الواقعة خاصة بشخص من وجهت إليه اليمين فإنه لا يجوز الرد، ومثال ذلك: إذا كانت اليمين منصبة على علم الوارث أو عدم علمه بتصرف صدر من مورثه، وكذلك توجيه الشفيع اليمين إلى المشتري أن يرد اليمين على طالب الشفعة، لأن هذا أجنبي عن الاتفاق الخاص بالثمن فلا يمكنه التأكد من حقيقة مقداره .

ويجب أن يقع رد اليمين على نفس اليمين الموجهة، أما إذا وقع على صيغة معدلة منها اعتبر ذلك توجيها ليمين جديدة وجاز فيها الرد مرة ثانية، ومتى ردت اليمين فإنه لا يمكن ردها ثانية.

- **- أن يرفض الخصم أداء اليمين ولا يردها، وهو النكول** :

وقد نصت على هذه الحالة المادة 347 من القانون المدني بقولها: " وكل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه".

والنكول موقف سلبي يقفه الخصم يتمثل في عدم الحلف حينما يتوجب عليه الحلف، فإذا لم يقم بأداء اليمين الموجهة إليه حكم عليه لفائدة من وجه إليه اليمين".

وعلة ذلك أن المشرع اعتبر النكول إقرارا ضمنيا من طرف الخصم، ولا يجوز الرجوع عن الإقرار، ومن ثم فلا يجوز للخصم الناكل يطلب السماح له بالحلف من جديد،

ويترتب على ذلك أيضا عدم تجزئة اليمين كما هو الشأن بالنسبة للإقرار[1]. ويترتب على النكول أيضا امتناع إثبات صحة الواقعة التي نكل فيها بأي طريق من الإثبات الأخرى.

على أنه لا يعد ناكلا عن اليمين إذا رفض الخصم أداءها على واقعة غير متعلقة بشخصه وذلك مثل الوارث إذا رفض أن يحلف على أن مورثه لم يتسلم المبلغ المدعى به.

***- آثار اليمين من حيث الأشخاص :**

تعتبر اليمين الحاسمة كالإقرار ذات حجية قاصرة سواء في ذلك الحلف أو النكول، فهي في حالة الحلف حجة على الحالف وحده وعلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له، ولا يتعدى أثرها إلى غير الخصم الحالف و ورثته، وأنه لا أثر لليمين على الشريك، وبعبارة أخرى فإنه لا يجوز للغير الخارج عن الخصومة أن يحتج باليمين، كما أنه لا يجوز للخصم أن يتمسك باليمين اتجاه الغير. و يقرر الفقهاء أن آثار اليمين الحاسمة هي نفس آثار العقود والالتزامات، وهي لا تسري إلا على المتعاقدين.

ولكن هذه القاعدة قد تختلف عندما توجد حالة من حالات التضامن بين الخصم الذي أدى اليمين أو نكل عنها، وبين غيره[2].

فنصت المادة 232 فقرة 2 و3 من القانون المدني على ذلك بقولها : " إذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين الموجهة إليه، أو إذا وجه هذه اليمين إلى الدائن وأداها هذا الأخير فلا يضار المدينين، وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين، وحلفها المدين ، فيستفيد منها الباقون ".

والمقصود من هذا النص أنه يجوز أن يستفيد المدينون المتضامنون من اليمين إذا حلفها واحد منهم، أو وجهها للدائن فنكل عنها، وكذلك يستفيد منها الدائنون المتضامنون إذا حلف أحدهم بما يفيد الآخرين أو وجهها للمدين فنكل عنها، ولكن لا يضار سائر الدائنين المتضامنين باليمين التي يحلفها أو ينكل عنها أحدهم أو التي يوجهها هذا إلى الدائن.

---

1 ي بكوش – ا رجع السابق – ص 324-326

2 ي بكوش – ا رجع السابق – ص 325-326

وقد حاول المشرع بهذا النص أن يوفق بين قواعد نسبية آثار اليمين وبين قواعد التضامن التي تتعارض معها والتي تقضي بأن عمل المدينين المتضامنين يفيد الآخرين.

- **اليمين في الشريعة الإسلامية** :

الأصل في الإثبات عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو البينة، أما اليمين فهي بديل عنها، ولهذا فإنها لا تشرع إلا عند تعذر البينة. وشرعت اليمين للحاجة إليها لدفع التهمة وهي تهمة الكذب عن المدعى عليه في حالة إنكاره للدعوى، ومن ثم يشترط في الشيء المدعى به أن يكون محتملا للإقرار به شرعا بحيث لو أقر به المدعى عليه لصح إقراره به، و إلا فلا يمكن أن يستحلف فيه، ويترتب على ما تقدم عدد من النتائج:

-1- أن اليمين حجة للمدعي، بمثابة البينة فله أن يتحمل احداهما أو الأخرى حسبما يشاء، وبمعنى ذلك أن اليمين لا يجب توجيهها إلا بطلب المدعي لها، فإنها حق له وليست من حق القاضي، كما أنها ليست من حق المدعى عليه، ولذلك فلا عبرة باليمين الواقعة بغير محضر القاضي، ولا يصح التحليف إلا عنده كما أن تحليف القاضي للخصم من تلقاء نفسه لا عبرة به، وإنه لا يصح تحليف الخصم إلا بناء على طلبه.

-2- أنه لا يكمن توجيه اليمين إلا في المسائل التي هي من حق الخصوم، أما فيما هو حق ا تعالى، فلا يصح فيها توجيه اليمين وهي الحدود كالزنا والسرقة والسكر وغير ذلك[1].

-3- أن اليمين لما كانت من حق الخصم فيستوي فيها جميع أنواع الأملاك وجميع أنواع الخصوم، بلا فرق بين حر وعبد أو مسلم وكافر أو ذكر وأنثى أو مرتد وغيره، حتى أنه لا تشترط العدالة فيها مطلقا.

- **ومن آثار اليمين في الشريعة الإسلامية** : أنه يترتب عنها أداءا أو نكولا عدة نتائج نوردها فيما يلي :

1/ - وقف الخصومة: إذا حلف المدعى عليه انقطعت الخصومة، لأنه لا حجة للمدعي فحجته هي البينة أو إقرار الخصم أو نكوله، وقد انعدم ذلك كله وليس له أن

---

[1] ي بكوش – ا رجع السابق- ص 338-340

يخاصم بغير حجة، و تنقطع الخصومة في الحال، أي بصفة مؤقتة، بحيث إذا قام المدعى عليه بأداء اليمين ثم أراد المدعي أن يقيم البينة على دعواه فيقول الأحناف والحنابلة أنه يجوز قبول البينة عملا يقول عمر ابن الخطاب رضي ا عنه :" اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة " وقالوا أيضا أن القضاء بالنكول لا يمنع المقضى عليه من إقامة البينة بما يطلبه لأن اليمين تعتبر بمثابة الخلف عن البينة التي هي الأصل في الإثبات، وإذا جاء الأصل انتهى حكم الخلف كأن لم يوجد أصلا.

/2 - ثبوت الحق باليمين من عدمه :

قال الإمام مالك رحمه ا :" يثبت باليمين حق المدعي في إثبات ما أنكره المدعى عليه وإبطال ما ثبت عليه من الحقوق إذا ادعى الذي ثبت عليه إسقاطه في الموضوع الذي يكون المدعي أقوى سببا وشبهة من المدعى عليه".

وقال غيره :"لا يثبت للمدعي باليمين دعوى سواء كانت إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه، أو إثبات حق أنكره فيه خصمه".

وسبب اختلافهم ترددهم في مفهوم قوله صلى ا عليه وسلم : " البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر" هل ذلك عام في كل مدع أو مدعى عليه أم إنما خص المدعي بالبينة والمدعى عليه باليمين لأن المدعي في الأكثر هو أضعف شبهة من المدعى عليه؟ [1] .

و في القضاء بالنكول : اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يرى أصحاب هذا القول أنه لا يقضى على المدعى عليه بمجرد نكوله، بل يجب أن ترد اليمين على المدعي، و هذا هو مذهب المالكية و الشافعية، لأن من حجة الإمام مالك أن الحقوق عنده إنما تثبت بشيئين: إما بيمين و شاهد و إما بنكول و يمين، و هو يرى اشتراط الاثنين في الشهادة، يعني أنه لا يقضى للمدعي إلا بشاهد إلى جانب يمينه التي هي بمثابة الشاهد، وإما بشاهد ونكول المدعى عليه، لأن هذا النكول بمثابة الشهادة، وإما بنكول المدعى عليه ويمينه، وإما بشهادة امرأتين والنكول. ويختلف

---

1 ي بكوش – ا رجع السابق – ص 350-351

الشافعي مع مالك في أن الشافعي لا يجيز القضاء بالشاهد و نكول المدعى عليه بل يجب على المدعي أداء اليمين لاستحقاق دعواه.

القول الثاني : ومقتضاه أنه يمقضى على المدعى عليه بمجرد نكوله، وأنه لا ترد اليمين على المدعى عليه بمجرد نكوله، وأنه لا ترد اليمين على المدعي، وهو قول الحنفية، وذلك لأن المدعى عليه إذا نكل عن أداء اليمين ظهر صدق المدعي، فيقضي له، كما لو أقام بينة، ومن وجهة أخرى فإن النكول يدل على الإقرار، ذلك لأن المدعى عليه لو كان صادقا في الإنكار لبرأ نفسه باليمين، فإذا نكل عنها كان ذلك بمثابة الإقرار فيقضى عليه به، ولكن ينبغي للقاضي أن يقول للمدعى عليه أن أعرض عليك ثلاث مرات، فإن حلفت و إلا قضيت عليك.

أما القول الثالث : فيرى أنه لا يقضى على المدعى عليه بالنكول ولا ترد اليمين على المدعي، بل يحبس المدعى عليه حتى يقر أو يحلف، وهذا هو قول ابن حزم الظاهري، والمدعي الذي يقيم شاهدا واحدا عدلا وامرأتان، فيحلف ويقضي له، فإن نكل حلف المدعى عليه وبرئ[1].

2- حجية اليمين الحاسمة :

اليمين الحاسمة كالإقرار حجيتها قاصرة كما قدمنا، سواء في ذلك عند الحلف أو عند النكول.

***- من حيث الحلف** : فمن وجه اليمين واحتكم بذلك إلى ذمة خصمه كان أثر هذا الاحتكام قاصرا عليه وهو و ورثته بصفتهم خلفا عاما له ولا يتعدى هذا الأثر إلى غير الخصم وورثته، فلا يتعدى إلى الشريك أو الورثة فيما بينهم أو المدين المتضامن، فلو وجه أحد الشركاء في الشيوع اليمين إلى مدعي استحقاق الملك الشائع، وحلف، كانت اليمين حجة على الشريك الذي وجه اليمين دون غيره من الشركاء، ولو وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين إلى الدائن وحلف، كانت اليمين حجة على المدين الذي وجه اليمين دون غيره من المدينين.

[1] ي بكوش – ا رجع السابق – ص 349

وإذا ادعى شخص دينا على آخر، فوجه المدعى عليه اليمين إلى المدعى فحلف، كانت اليمين حجة على من وجهها، ولا تكون حجة على دائنيه إذا طعنوا في اليمين بالتواطؤ، وإذا تنازع شخصان على عقار، وباع أحدهما هذا العقار، ثم وجه اليمين للمتنازع عنه فحلف، كانت اليمين حجة على من وجهها دون المشتري منه، أما إذا كان حلف اليمين قبل البيع كانت اليمين حجة على المشتري.

*- **<u>من حيث النكول</u> :** أما من حيث النكول، فمن نكل من الشركاء في الشيوع، كان نكوله حجة دون سائر الشركاء، ومن نكل من الورثة، كان نكوله حجة عليه دون سائر الورثة، ومن نكل المدينين المتضامنين كان نكوله حجة عليه دون سائر المدينين[1].

وحجية اليمين هي حجية قاطعة بالنسبة لأطرافها والقاضي معا، إذ أن توجيهها يسقط حق طالبها من الاستناد إلى أي دليل آخر ولو توفر، ولا يجوز لأي من الخصمين أن يثبت عكس دلالة اليمين الحاسمة أداءا ونكولا، ومن ثم لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أدائها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت إليه[2].

-ما المقصود بتوزيع عبءالإثبات في اليمين الحاسمة ؟

تقتضي القاعدة الأصلية في عبء الإثبات في الفقه القانوني شأنه في ذلك شأن الفقه الإسلامي – أن البينة يكلف بها المدعي، فهو الذي يتكفل بمهمة القيام بعبء الإثبات، فقد تكفل المشرع بالقيام بتوزيع عبء الإثبات بين أطراف النزاع، بحيث يكتفي من المكلف به أصلا أن يقوم بإثبات ما يرجح وجود حقه في ذمة خصمه، لينتقل إلى خصمه عبء إثبات ما أثبته المدعي، وهكذا إلى أن يخفق أحد الخصمين في دفع ما قام خصمه بإثباته فيخسر الدعوى.

(1) أما نقل عبء الإثبات، بمعنى تكليف القاضي لأحد الخصمين بما هو من اختصاص خصمه، فقد أقره القانون المدني الجزائري، حيث أجاز في اليمين الحاسمة - وهي لا تكون إلا أمام القضاء - أن يوجه أحد الخصمين اليمين إلى خصمه ليقوم بحلفها محتكما إلى ضميره وذمته فإذا ما حلف برئت ذمته، ويجوز لمن وجهت إليه اليمين أن

---

[1] عبد الرزاق أ د السنهوري – ا رجع السابق – ص 741-743

[2] نبيل ابراهيم سعد – الإثبات ا واد ا دنية و التجارية ضوء الفقه و القضاء – ص 234.

يردها إلى خصمه، وهذا ما تقتضي به المادة 343 من القانون المدني، وهذا بغض النظر عن كون الذي وجهها هو المدعي أو المدعى عليه، والقاضي لا يملك إلا أن يجيب طلب توجيهها، ما دام طالبها غير متعسف في طلبه، وإذا نكل الخصم الذي وجهت إليه عن الحلف دون أن يردها أو نكل الذي ردت عليه، فإنه يخسر دعواه، وهذا ما نصت عليه المادة 347 من القانون المدني.

وبناءا على ما تقدم فإن القانون المدني يؤيد نقل عبء الإثبات من الشخص المكلف به إلى خصمه، ويتمثل ذلك في جواز رد اليمين الحاسمة من الشخص المكلف بها إلى خصمه.

كما نجد أن القانون يوافق مذهب الجمهور في الفقه الإسلامي الذي يقضي بجواز نقل عبء الإثبات من الشخص المكلف به إلى خصمه، ما دام هذا النقل في مصلحة الدعوى، حسبما يراه القاضي أو الخصوم محققا للغاية التي ينشدها أطراف الدعوى من حسم النزاع، وقطع الخصومة على نحو يتماشى مع ما تقتضيه قواعد العدالة، من تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية قدر المستطاع.

المبحث الثالث: دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بموجب الاتفاق:

بعدما تعرضنا في المبحث السابق إلى دور الخصوم_في توزيع عبء الإثبات بموجب الإقرار واليمين الحاسمة، سنتعرض في هذا المبحث إلى اتفاق الخصوم أنفسهم قبل وقوع النزاع أو أثنائه على تعديل القاعدة العامة في عبء الإثبات، فيتم الاتفاق بينهم على أن الذي يكلف بالبينة هو المدعى عليه ،و الذي يكلف باليمين هو المدعي، فهل مثل هذا الاتفاق جائز ويقره المشرع ؟ أم أن الأمر بخلاف ذلك ؟ هذا ما سنتعرض له في هذا البحث والذي قسمناه إلى مطلبين. فتناولنا في المطلب الأول التعديل الاتفاق لقواعد عبء الإثبات و في المطلب الثاني تعرضنا إلى مدى جواز الاتفاق علي مخالفة قواعد عبء الإثبات.

المطلب الأول: التعديل الإتفاقي لقواعد عبء الإثبات:

ونتعرض إلى ذلك في الفقه القانوني ونحاول مقارنته بالفقه الإسلامي.

أولا: التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الإثبات في الفقه القانوني:

يقتضى البحث في هذه المسألة أن نتعرض ليحث المسألة تعلق قواعد عبء الإثبات بالنظام العام, والحقيقة أنه إذا كان من المتفق عليه أن قواعد الإثباتالإجرائية التي يتعين اتباعها أمام المحاكم في إثبات الدعوى والمواجهة بالأدلة تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فانه لا يجوز للأطراف أن يتفقوا على خلاف ما تقضي به، كما يجوز لأي طرف أن يتمسك بها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و لو لأول مرة أمام المحكمة العليا، وذلك لأنها تتعلق بسير أعمال السلطة القضائية، وبالتالي فإنه لا يملك الأطراف تغيرها عن طريق الاتفاق. إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للقواعد الإجرائية فإن الأمر مختلف بالنسبة للقواعد الموضوعية التي تتعلق بمحل الإثبات و عبءه وتنظيم طرقه، فقد اختلف بشأنها الفقه القانوني. هل تتعلق بالنظام العام أم لا ؟ على مذهبين :

المـذهـب الأول:

يرى أنصاره أن قواعد الإثبات الموضوعية، ومنها عبء الإثبات تتعلق بالنظام العام. و هذا المذهب يعتنقه جمهور الفقه الفرنسي .

و يرى أنصار هذا الاتجاه أن التصوير التنظيمي للعدالة يجب أن يغلب على التصوير الاتفاقي أو الفردي، فإذا كان المشرع قد نظم سلفا قواعد الإثبات الموضوعية، فإن هدفه من ذلك توفير الضمانات الجوهرية لتحقيق العدالة، فالخصوم لهم كامل الحرية في اللجوء إلى القضاء من عدمه ، فإذا هم ارتضوا اللجوء إليه طلبا لحماية حقوقهم فإنهم يكونون قد وضعوا باختيارهم حدا لحريتهم ،

و لا يسعهم إلا الانصياع لما وضعه القانون من قواعد إجرائية أو موضوعية، فيلتزمون باتباعها . و بالتالي لا يجوز للأطراف الاتفاق سلفا على خلاف ما تقضي به هذه القواعد أو التنازل عنها[1] لأن المصلحة العامة تقتضي أن يقوم الجهاز القضائي بما هو مكلف به على أكمل وجه، دون أن يعرقل سيره اتفاق الأطراف .

---

[1]- مد فتح ا النشار – ا رجع السابق – ص303

و الواقع أن ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه لا يخلو من شطط واضح، ذلك أن الخصومة لا تمس سوى مصالح الأطراف الخاصة ، و ليس لها شأن بالمصلحة العامة بل إن الغاية العظمى من تنظيم الجهاز القضائي إنما هي حماية مصالح الأفراد الخاصة .

المذهب الثاني :

و يرى أنصاره أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام ، و لا سيما عبء الإثبات، و هذاالمذهب يؤيده الفقه المصري و القضاء.

و حجتهم عن الخصومة ملك لأطرافها، و القانون كفل لهم حرية تقاضي، و مادام عن القانون كفل الفرد حرية التصرف في حقوقه بما في ذلك التنازل عنها ، فيكون لهم من باب أولى الحق في حمايتها بما يراه محققا لمصلحته، و من ثم فأنه يجوز أن يتفق الطرفان مقدما على خلاف ما تقضي به هذه القواعد، و إن كان هناك خلاف في الفقه المصري في اعتبار بعض القواعد المتعلقة بطرق الإثبات من النظام العام ،و بحث هذا الخلاف خارج عن نطاق بحثنا و الذي يهمنا هو أن الاتفاق قائم بين الفقه المصري على اعتبار القواعد المتعلقة بعبء الإثبات ليست متعلقة بالنظام العام و من ثم يجوز للأطراف أن يتفقوا على خلافها، كأن يتفقوا على أن يعفى المدعي من عبء الإثبات ، أو يكلف به المدعى عليه ، و هذه بعض الأمثلة التي توضح ذلك[1].

تنص المادة 138 من القانون المدني:" بأن حارس الحيوان مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الحادث كان سبب أجنبي لا يد له فيه" و مع ذلك فإنه يجوز الاتفاق مقدما على تعديل هذه القاعدة، كأن يتفق شريكان في مرعى واحد على أن كل ضرر يقع من مواشي أحدهما على مواشي الآخر لا يكون الأول مسؤول عنه إلا إ ذا أثبت شريكه التقصير أو الإهمال في جانبه.

تنص المادة 496 ف1 من القانون المدني بأن المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة ما لم يثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه و مع ذلك فإنه يجوز الاتفاق مقدما على نقل عبء الإثبات إلى المؤجر ، كأن يتفقا على أن المستأجر غير

---

[1]- عبد الرزاق أ د السنهوري - ص 88.

مسؤول عن أي حريق في العين المؤجرة ، ما لم يثبت المؤجر وجود الخطأ في جانب المستأجر.

كما أن الأصل أ ن أمين النقل مسؤول عن الضرر الذي يحدث أثناء النقل للشخص أو للشيء المنقول ، بناء على ما تقضي به قواعد المسؤولية العقلية ، و من ثم فإن عبء نفي الخطأ يقع على عاتق مسؤول النقل، و لكن يجوز الاتفاق سلفا ما لم يكن هناك شرط إذعان على نقل عبء الإثبات إلى الشخص المتعاقد معه، كأن يتفقا على أن المكلف بإثبات الخطأ في جانب مسؤول النقل هو الشخص المتعاقد معه.

- كما يجوز أن يتم الاتفاق على تعديل قواعد عبء الإثبات قبل حصول النزاع فإنه يجوز أ ن يتم أثناء وقوعه ، فمثلا يجوز للخصم الذي لم يكن أصلا مكلفا بإثبات واقعة معينة أ ن يتطوع للقيام بإثباتها، مع ملاحظة أن ذلك لو تم و أجابه القاضي إلى طلبه فليس له الرجوع عما ألزم نفسه به بحجة أنه لم يكن مكلفا أصلا بإثبات .

و قد فرق الدكتور سليمان مرقص بين الشخص الذي يتطوع بإثبات ما لم يكن مكلفا به و هو على بينة من أ ن هذا العبء ليس واقعا عليه في الأصل، و أنه قصد التنازل عن قيام خصمه بعبء الإثبات ، فمثل هذا الشخص لا يجوز له الرجوع عما ألزم نفسه به بحجة أنه غير مكلف أصلا بعبء الإثبات، و بين الشخص الذي يقوم بتحمل مشاق عبء إثبات معتقدا- خطأ- وقوعه عليه، فمثل هذا الشخص لا يعد تطوعه هذا نزولا عن حقه في تكليف خصمه بعبء الإثبات ، لأنه يقوم على أساس خطأ في القانون، فلا ينبغي التعويل عليه و يتعين إعمال القاعدة. [1] ، ذلك لأن تطوعه بالقيام بمشقة عبء الإثبات مع سكوت خصمه يعد بمثابة الاتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات، فلا يحق له الرجوع عن القيام بما ألزم نفسه

<u>ثانيا</u>: التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي:

في الفقه الإسلامي، من المسلم به أن قواعد عبء الإثبات وضعت أصلا لحماية مصالح الخصوم أنفسهم و من ثمة يجوز لمن تقررت هذه الحماية لمصلحته أن يتنازل فيها

1 مد فتح ا النشار – ا رجع السابق – ص 305 .

بالاتفاق مع خصمه بالإعفاء منها. أو نقلها إلى غير المكلف بها أصلا، و هذا ما يعرف في القضاء بشرط التصديق.

خلافا للحنفية الذين يمنعون الاتفاق على تغيير القاعدة العامة في عبء الإثبات ، كما منعوا نقل عبء الإثبات و قالوا : بأن مثل هذا الاتفاق يتعارض مع النص الشرعي الذي يبين ما يختص به كل طرف من أطراف الدعوى ، و هو الحديث المشهور: " البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر ". ونصوا على أن: " من قال لآخر لي عليك آلف درهم ، فقال له الآخر إن حلفت أنها لك علي أديتها إليك ، فحلف ،فأدها إليه المدعى عليه، إن كان أداها إليه على الشرط الذي شرطا فهو باطل ، وللمؤدي أن يرجع فيما أدى ، لان ذلك الشرط باطل ،لأنه على خلاف حكم الشرع ،لان حكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعي".[1]

و رأيهم هذا مترتب على قولهم بعدم جواز الحكم بالشاهد و اليمين ،وعدم جواز القضاء باليمين المردودة، على أن هذا الرأي ضعيف لأن القول بجواز نقل عبء الإثبات يتماشى و المصلحة العامة التي تقتضي المحافظة على الحقوق، فقد يحدث ألا يستطيع المدعي إقامة الحجة كاملة على دعواه، كأن لايتيسر له إلا الاستشهاد بشاهد واحد ، و حينئذ يكون من مصلحة الدعوى القول بجواز نقل اليمين من المدعى عليه إلى المدعي ليحكم له بها مع شاهده ، لأن اليمين مشروعة أصلا في حق من تقوى جانبه و ظهر صدقه، و لذلك شرعت في الأصل في جانب المدعى عليه الذي يتقوى جانبه بمرجح من المرجحات ، كبراءة الذمة مثلا، فإذا أقام المدعي شاهدا فقد تقوى جانبه و صار ظهور الحق أقوى إلى جانبه و حينئذ تنتقل اليمين من الجانب المدعى عليه إلى المدعي و أيضا فإن القول بالقضاء باليمين المردودة يتماشى مع هذه القاعدة لأن المدعي قد تقوى جانبه بنكول خصمه عن الحلف، ضف إلى ذلك أ ن يمين المدعى عليه حجة له في النفي ، كما أ ن بينة المدعي حجة له في الإثبات ، و لما كان ترك المدعي لحجته موجبا للعدول إلى يمين المدعى عليه، وجب أن يكون ترك المدعى عليه لحجته موجبا للعدول إلى يمين المدعي .

---

[1] مد فتح ا النشار – ا رجع السابق – ص 301.

كذلك أنه إذا امتنع المدعي عن إقامة البينة، جاز للمدعى عليه إقامتها للحصول على حكم قضائي يقوي يده أو براءته ، فكذلك المدعى عليه إذا امتنع عن اليمين فيكون لخصمه حلفها .

كما أن رد اليمين إلى المدعي جائز على وجه الصلح حتى عند القائلين بعدم جواز الرد و الحكم بمجرد النكول و هذا يدل على أنه للقاضي نقل عبء الإثبات ما دام في ذلك قطع للمنازعة و حسم للخلاف بين الخصمين .

وعليه فإنه لا يسلم لهم ما ذهبوا إليه من رد الاتفاق على تعديل القاعدة العامة في عبء الإثبات.

و يظهر جواز الاتفاق على تعديل القاعدة العامة في عبء الإثبات من خلال الفروع التي ذكرها الفقهاء و منها:

- إذا شرط الرجل لإمرأته عند العقد أنها مصدقة في دعوى إضراره بها دون بينة تلزمها فذلك لها، فإذا شكت إضراره و ثبت الشرط كان لها التطليق دون بينة.

- إذا شرط الرجل لزوجته أن القول قولها في المغيب عنها، و أنها مصدقة في انقضاء الأجل المضروب في ذلك، فإنه يسقط عنها بهذا التصديق عبء إثبات المغيب عند الحاكم، و إنما يكفيها أن تثبت الزوجية عنده والشرط.

- افتداء اليمين بالمال، و ذلك في حالة ما إذا وجبت اليمين على أحد الخصمين فيصالح عليها خصمه الآخر، بأن يفتدي يمينه منه بالمال، فيصح و تنقضي الخصومة دون حلف اليمين.

لو قال: كنت أعامل فلانا و فلان، فما ادعيا فصدقوهما، فإنهما إذا ادعيا شيئا أعطياه بلا يمين.

إذا قال المدعى عليه لو شهد علي فلان فهو صادق، فإن شهد عليه هذا الشخص المعين فقد ثبت الحق، ولا يطلب من المدعي شاهد آخر.

هذه الفروع التي ذكرها الفقهاء يتضح منها جواز الاتفاق على تعديل قواعد عبء الإثبات ما دام ارتضى الطرف الذي تقرر عبء الإثبات لمصلحته على ذلك[1]

<u>المطلب الثاني</u>: مدى جواز الاتفاق على مخالفة قواعد عبء الإثبات

ونتعرض في هذا المطلب إلى القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 333 من القانون المدني الجزائري، و نحاول أن نقارن ذلك بما يوجد في الشريعة الإسلامية، كما نتعرض في نقطة ثانية إلى مدى إمكانية الاتفاق على خلاف هذه القاعدة و مدى تعلق ذلك بالنظام العام.

<u>أولا</u>: موضع القاعدة العامة في الإثبات بشهادة الشهود.

1- في الفقه القانوني:

تنص المادة 01/333 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:* في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو إنقاضه ما لم يوجد نصا يقضي بغير ذلك...*

و مضمون هذه القاعدة أنه لا يجوز إثبات التصرفات القانونية المدنية إذا زادت قيمتها على قيمة معينة إلا بالكتابة.

كما تنص المادة 01/334 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:* لا يجوز الإثبات بالبينة و لو لم تزد القيمة على ألف دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي...*. و هذا النص هو الشق الثاني من القاعدة العامة و مضمونها أنه حتى إذا كان التصرف القانوني لا تزيد قيمته على 1000 دج فإنه إذا كان ثابتا في عقد رسمي فلا يجوز إثبات ما يخالفه.

---

[1]- مد فتح ا النشار ا رجع السابق .ص 302

و من خلال ذلك نرى أن القاعدة العامة تضيق من نطاق الإثبات بشهادة الشهود و القرائن و تجعل قوتها في الإثبات محدودة، و غني عن البيان أن هذا الميدان الذي استبعد فيه الإثبات بالبينة و القرائن ذو نطاق واسع فهو يستغرق الكثرة الغالبة من التصرفات المدنية التي تكون عادة محلا للتقاضي... غير أن هذين الطريقين تعود لهما قوتهما المطلقة في الإثبات في الإستثناء الوارد في المادتين 335 و 336 من القانون المدني الجزائري، و تنص المادة 335 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:* يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، و كل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة*.

كما تنص المادة 336 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:* يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة:

- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.
- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته*.

فيستثنى من القاعدة العامة حالة وجود مبدأ الثبوت بالكتابة و حالة وجود مانع من الحصول على الكتابة أو ضياع السند الكتابي.

- و في القانون الفرنسي، كان يجعل شهادة الشهود هي الأصل في الإثبات فيجوز إثبات أي إلزام أيا كانت قيمته و بقيت هذه الحال سائدة إلى أن انتشرت الكتابة و صدر قانون 1566 سمي * بأمر مولان*، تقضي المادة 56 منه بوجوب تدوين المعاملات التي تزيد قيمتها على مائة فرنك فرنسي في ورقة رسمية أمام موثق العقود فهذه الورقة هي وحدها التي تكون دليلا للإثبات دون أن تقبل البينة فيما يجاوز هذا الدليل الكتابي أو فيما يدعي أنه اتفق عليه قبل كتابة الدليل، و في أثناء كتابته أو بعد الكتابة. و بعد مائة عام من صدور هذا الأمر صدر قانون لويس الرابع عشر في الإصلاح القضائي يقضي بوجوب تدوين المعاملات التي تزيد قيمتها على مائة فرنك و لو كانت ودائع اختيارية في أوراق رسمية أو عرفية، و لا يقبل الإثبات بالبينة لما

يخالف ما اشتملت عليه هذه الأوراق أو يجاوزه و لا لما يدعى أنه اتفق عليه قبل الكتابة أو في أثنائها أو بعدها، و لولم تجاوز القيمة مائة فرنك دون أن يخل ذلك بما قد جرى العمل عليه أمام القضاة و القناصل في المسائل التجارية.

و بقي هذا النص معمولا به في القانون الفرنسي القديم، ثم نقله التقنين المدني الفرنسي نقلا يكاد يكون حرفيا، فنصت المادة 1341 على أنه: * يجب إعداد ورقة رسمية أو عرفية لإثبات الأشياء التي تزيد قيمتها على مائة و خمسين فرنكا و لو كانت ودائع اختيارية و لا تقبل للبينة فيما يخالف أو يجاوز مشتملات هذه الأوراق، أو فيما يدعى أنه وقع قبل كتابتها أو في أثناء الكتابة أو بعدها و لو كانت القيمة تقل عن مائة و خمسين فرنكا، وهذا كله دون إخلال بأحكام قوانين التجارة *.

Il doit être passe acte devant notaire ou sous signatures privées de toutes choses existantes la somme ou la valeur de cent cinquante francs, mêmes pour dépôts volontaires et il n’est reçus aucune preuve par témoins contre et autre le contenu aux actes ni sur ce qui serait allègue avoir été dit avant, lors ou depuis les s’actes acore qu’il s’agisse d’une somme ou valeur moins de cent cinquante francs, le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

وقد جعل قانون نابليون نصاب البينة مائة و خمسين فرنكا، و كانت في القانون الفرنسي القديم مائة فرنك ما يعادل ألفي فرنك، و قد نزل إلى هذا نظرا لزيادة انتشار الكتابة ، ثم نقصت قيمة الفرنك فصدر قانون أول أبريل سنة 1928 ليرفع النصاب مرة أخرى إلى خمس مائة فرنك، ثم نقصت بعد ذلك نقصا جسيما فنص قانون 21فبراير سنة 1948 على رفع النصاب مرة أخرى إلى خمسة آلاف من الفرنكات، أما في مصر فقد قرر النصاب بعشرة جنيهات و لم يتغير في القانون المدني الجديد ثم جاء قانون الإثبات ليرفع نصاب البينة إلى عشرين جنيه، أما في القانون المدني الجزائري فقد ثبت النصاب على قيمة ألف دينار جزائري (1000 د ج).

2- موضع القاعدة في الشريعة الإسلامية:

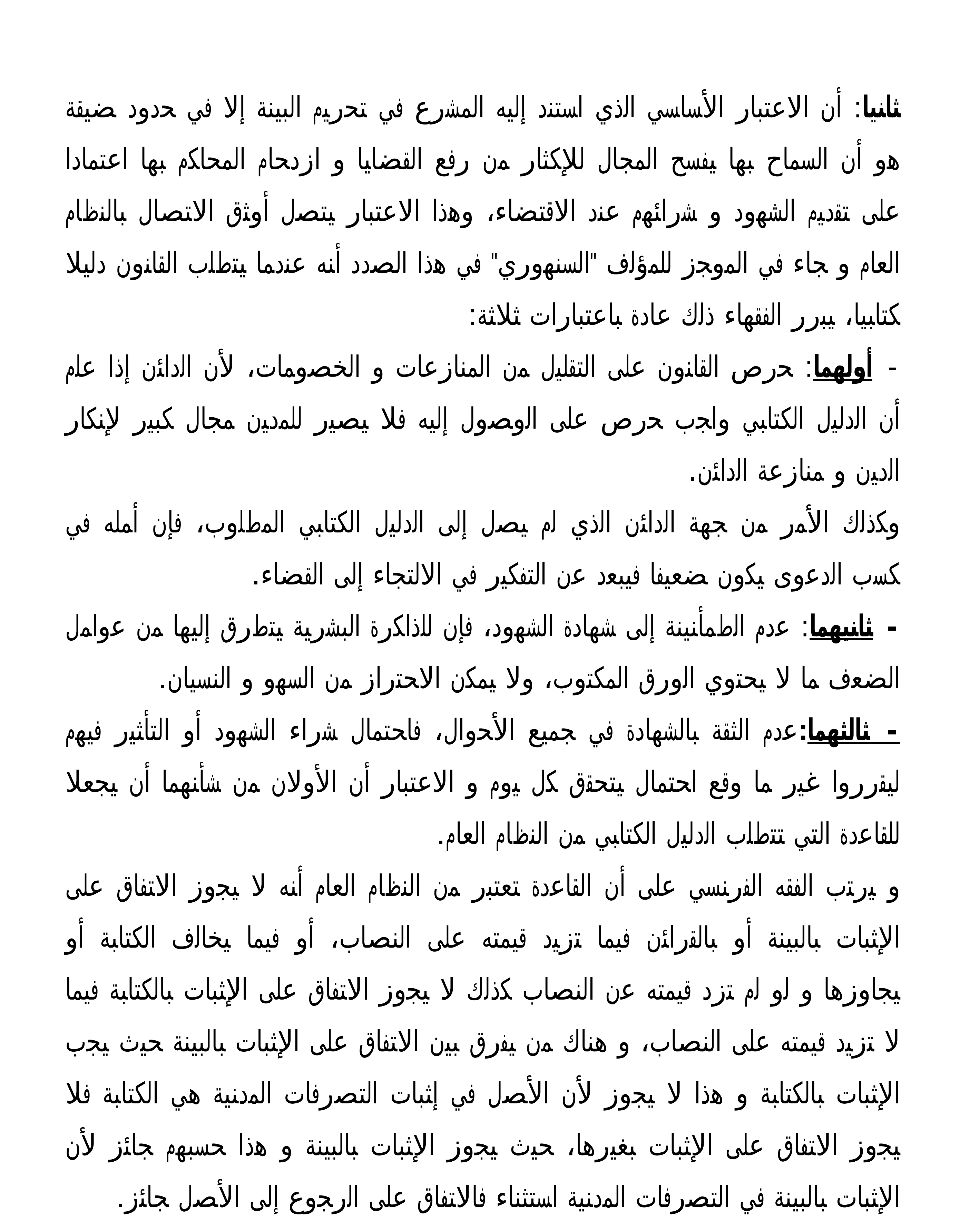
قد أتى القرآن الكريم بأرقى مبادئ الإثبات في العصر الحديث، فهو يعد بحق أصل القاعدة و المصدر الأول لها و ليست كما ذهب إليه الفقه الفرنسي الذي قال بأن المصدر التاريخي المباشر لهذه القاعدة هو "أمر مولان" الصادر في فيفري 1566 حيث قال ا تعالى في كتابه الكريم:" يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوهو ليكتب بينكم كاتب بالعدل و لا يأب كاتب أن يكتب كما علمه ا فليكتب وليملل الذي عليه الحق و ليتقي ا ربه و لا يبخس منه شيئا".

مصداقا لهذا القول الكريم، نستخلص أن ا قد أمر عباده المؤمنين بالكتابة " فاكتبوه" والأمر في الدين يفيد الوجوب و النكول عنه يعد من باب الوقوع في الحرام و مخالفة للشرع و عليه فإن الأولوية في الإثبات إذن للكتابة، و لكن لما كانت حضارة العصر تقصر دون ذلك، وتقف عن المجاراة، هذا للتقدم لم يستطيع الفقهاء إلا أن يسايروا حضارة عصرهم، فإذا بالفقه الإسلامي يرتفع بالشهادة إلى مقام تنزل عنه الكتابة نزولا بينا، و من العجيب أن عصر التقليد في الفقه الإسلامي لم يدرك العوامل التي كانت وراء تقديم الشهادة على الكتابة، فضل يردد ما قاله الفقهاء الأولون في تقديم الشهادة، و ذلك بالرغم من أنهم كانوا يستطيعون أن يقلبوا الوضع فيقدموا الكتابة، و يؤازرهم في ذلك انتشار الكتابة و تظاهرهم آيات القرآن الكريم.

<u>ثانيا</u>: مدى تعلق القاعدة بالنظام العام

إن الفقه و القضاء في فرنسا مختلفان فيما إذا كانت هذه القاعدة تعتبر من النظام العام فالفقه الفرنسي يذهب إلى وجوب اعتبارها من النظام العام، ذلك أن هناك الفقهاء الفرنسيين من يحذوا حذو القضاء الفرنسي إلا أن هذه القاعدة لا تعتبر من النظام العام أمثال " ديرانتون" "بونييه " "هيك" " بارتان" و" أوبري" و يستند الفقه الفرنسي في ذلك إلى حجتين

الأولى: أن القانون في تنظيمه طرق إثبات إنما يبغي الوصول إلى خير الحلول لحسم النزاع ما بين الأفراد، و من ثمة فهو يمس تنظيم القضاء نفسه،و تنظيم القضاء يعتبر من النظام العام.



ثانيا: أن الاعتبار الأساسي الذي استند إليه المشرع في تحريم البينة إلا في حدود ضيقة هو أن السماح بها يفسح المجال للإكثار من رفع القضايا و ازدحام المحاكم بها اعتمادا على تقديم الشهود و شرائهم عند الاقتضاء، وهذا الاعتبار يتصل أوثق الاتصال بالنظام العام و جاء في الموجز للمؤلف "السنهوري" في هذا الصدد أنه عندما يتطلب القانون دليلا كتابيا، يبرر الفقهاء ذلك عادة باعتبارات ثلاثة:

- **أولهما**: حرص القانون على التقليل من المنازعات و الخصومات، لأن الدائن إذا علم أن الدليل الكتابي واجب حرص على الوصول إليه فلا يصير للمدين مجال كبير لإنكار الدين و منازعة الدائن.

وكذلك الأمر من جهة الدائن الذي لم يصل إلى الدليل الكتابي المطلوب، فإن أمله في كسب الدعوى يكون ضعيفا فيبعد عن التفكير في الالتجاء إلى القضاء.

- **ثانيهما**: عدم الطمأنينة إلى شهادة الشهود، فإن للذاكرة البشرية يتطرق إليها من عوامل الضعف ما لا يحتوي الورق المكتوب، ولا يمكن الاحتراز من السهو و النسيان.

- **ثالثهما:** عدم الثقة بالشهادة في جميع الأحوال، فاحتمال شراء الشهود أو التأثير فيهم ليقرروا غير ما وقع احتمال يتحقق كل يوم و الاعتبار أن الأولان من شأنهما أن يجعلا للقاعدة التي تتطلب الدليل الكتابي من النظام العام.

و يرتب الفقه الفرنسي على أن القاعدة تعتبر من النظام العام أنه لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما تزيد قيمته على النصاب، أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها و لو لم تزد قيمته عن النصاب كذلك لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على النصاب، و هناك من يفرق بين الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يجب الإثبات بالكتابة و هذا لا يجوز لأن الأصل في إثبات التصرفات المدنية هي الكتابة فلا يجوز الاتفاق على الإثبات بغيرها، حيث يجوز الإثبات بالبينة و هذا حسبهم جائز لأن الإثبات بالبينة في التصرفات المدنية استثناء فالاتفاق على الرجوع إلى الأصل جائز.

و يؤكدون في ذلك على أنه يستوي أن يكون للاتفاق ما بين الخصوم على مخالفة القاعدة واقعا قبل رفع النزاع إلى المحكمة أو بعد رفعه ففي الحالتين يكون للاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام.[1]

وللقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم بل بالرغم من تنازلهم أو من اتفاقهم على العكس بوجوب تطبيق الأحكام التي تقضي بها هذه القاعدة، و الخصوم أن يتمسكوا بهذه الأحكام، لأول مرة أمام محكمة النقض أما القضاء الفرنسي فيذهب في شبه إجماع كذلك، إلى أن القاعدة وإن كانت تتعلق بالمصلحة العامة إلا أنها ليست من النظام العام.

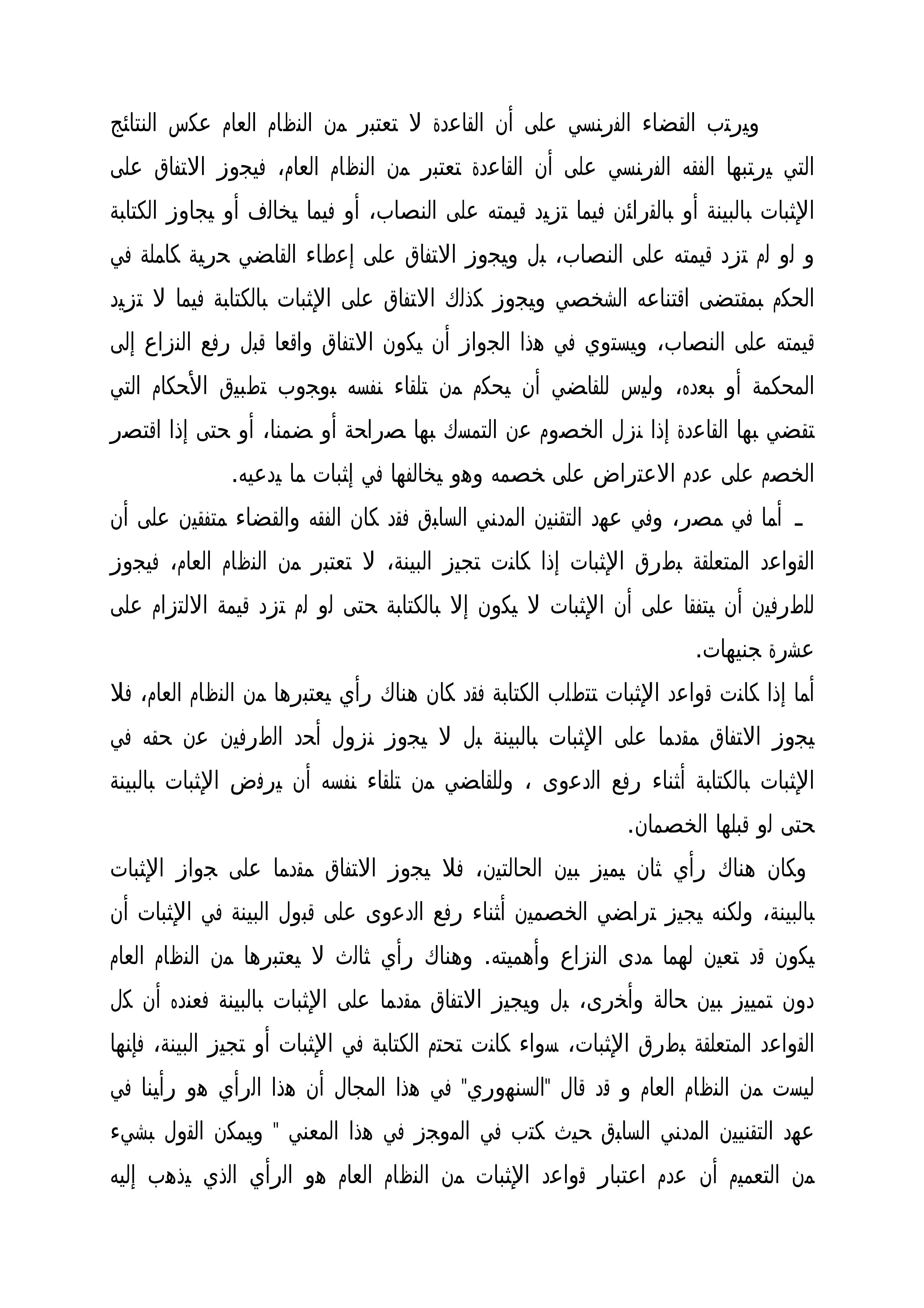
وذلك للاعتبارين الآتيين:

أولا: أن الإثبات إنما يتناول حقوقا فردية خاصة بالخصوم، وللخصم أن ينزل عن حقه، فيملك من باب أولى أن يتفق مع خصمه عن طريق إثباته، حيث يقال في هذا المجال أن الاتفاق على طريق الإثبات يمكن أن يكون عند تحليله بمثابة نزول عن الحق، إما نزولا غير مقيد أو نزولا معلقا على شرط، فالاتفاق على إثبات حق هو اتفاق على الحق ذاته، فإذا كان صاحب الحق يمكنه أن يتصرف في حقه، فإنه
يستطيع كذلك أن ينظم بالاتفاق طرقا لمنحه أو منعه، ومن ثم يستطيع أن يخضعه لطريق معين للإثبات.

ثانيا: أن موقف القاضي في الإثبات هو موقف الحياد التام، والخصوم وحدهم هم الذين يقومون بالنشاط الإيجابي في الإثبات، فلهم إذا شاءوا، أن يعينوا بالاتفاق فيما
بينهم الطرق التي يثبتون بها حقوقهم دون تدخل من القاضي، ولا يتدخل المشرع، فيرسم طرق الإثبات، إلا إذا لم يتفق الخصوم صراحة أو ضمنا، على شيئا من ذلك.

---

[1] - و يز البعض بـ الاتفاق مقدما على طريق الإثبات غ الذي عينه القانون كالكتابة أو البينة و هذا لا وز لأن ال اع يتحدد فلا وز تقييد ا صم مقدما بطريق الإثبات يعينه القانون و بـ الاتفاق على طريق الإثبات بعد قيام ال اع و معرفة حدوده و مداه و لو كان ضمنيا بعدم اعتراض ا صم على طريق الإثبات الذي سلكه ا صم و هذا جائز، غ أ م فسروا سكوت ا صم و عدم اعتراض على ما سلكه خصمه الإثبات على أنه لا يعتد به و يتوجب على القاضي أن يسلك طريق للإثبات الذي حدده القانون.



ويرتب القضاء الفرنسي على أن القاعدة لا تعتبر من النظام العام عكس النتائج التي يرتبها الفقه الفرنسي على أن القاعدة تعتبر من النظام العام، فيجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما تزيد قيمته على النصاب، أو فيما يخالف أو يجاوز الكتابة و لو لم تزد قيمته على النصاب، بل ويجوز الاتفاق على إعطاء القاضي حرية كاملة في الحكم بمقتضى اقتناعه الشخصي ويجوز كذلك الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على النصاب، ويستوي في هذا الجواز أن يكون الاتفاق واقعا قبل رفع النزاع إلى المحكمة أو بعده، وليس للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بوجوب تطبيق الأحكام التي تقضي بها القاعدة إذا نزل الخصوم عن التمسك بها صراحة أو ضمنا، أو حتى إذا اقتصر الخصم على عدم الاعتراض على خصمه وهو يخالفها في إثبات ما يدعيه.

- أما في مصر، وفي عهد التقنين المدني السابق فقد كان الفقه والقضاء متفقين على أن القواعد المتعلقة بطرق الإثبات إذا كانت تجيز البينة، لا تعتبر من النظام العام، فيجوز للطرفين أن يتفقا على أن الإثبات لا يكون إلا بالكتابة حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات.

أما إذا كانت قواعد الإثبات تتطلب الكتابة فقد كان هناك رأي يعتبرها من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق مقدما على الإثبات بالبينة بل لا يجوز نزول أحد الطرفين عن حقه في الإثبات بالكتابة أثناء رفع الدعوى ، وللقاضي من تلقاء نفسه أن يرفض الإثبات بالبينة حتى لو قبلها الخصمان.

وكان هناك رأي ثان يميز بين الحالتين، فلا يجوز الاتفاق مقدما على جواز الإثبات بالبينة، ولكنه يجيز تراضي الخصمين أثناء رفع الدعوى على قبول البينة في الإثبات أن يكون قد تعين لهما مدى النزاع وأهميته. وهناك رأي ثالث لا يعتبرها من النظام العام دون تمييز بين حالة وأخرى، بل ويجيز الاتفاق مقدما على الإثبات بالبينة فعنده أن كل القواعد المتعلقة بطرق الإثبات، سواء كانت تحتم الكتابة في الإثبات أو تجيز البينة، فإنها ليست من النظام العام و قد قال "السنهوري" في هذا المجال أن هذا الرأي هو رأينا في عهد التقنيين المدني السابق حيث كتب في الموجز في هذا المعني " ويمكن القول بشيء من التعميم أن عدم اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام هو الرأي الذي يذهب إليه

القضاء في فرنسا ويقول به الفقه في مصر ويجنح إليه القضاء المصري في بعض تطبيقاته ولا يخالفه إلا الفقه الفرنسي دون أن تصل هذه المخالفة إلى حد الإجماع ".

ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي لأن قواعد الإثبات، إذا كانت في الأصل موضوعة لضمان حسن سير العدالة والتقاضي، إلا أن هذا لا يمنع الخصوم إذا رأو فيما يتعلق بمصالحهم الشخصية لا بأس عليهم من إتباع قاعدة دون أخرى أن يتفقوا على ذ اك، فهم أحرار في تقدير ما يرونه صادقا، كونه قادرين على التنازل عن الحق موضوع الإثبات، فمن باب أحرى وأولى أن يرسموا طريقا خاصا لإثباته. أما التقنين المدني الجديد فقد حسم هذا الخلاف إذ نص الفقرة 1 من المادة 400 على عدم جواز الإثبات بالبينة إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 10 جنيهات أو كان غير محدد القيمة ما لم يوجب الاتفاق أو نص يقضي بغير ذلك فأجاز التقنين الجديد بذلك صراحة الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة في تصرف قانوني تزيد قيمته على 10 جنيهات.

- فالقاعدة هي أن الدليل على الحق لا يعلو الحق ذاته، ضف إلى ذلك أن الإثبات حق للخصوم و أن القاضي يلتزم بمبدأ الحياد و هو ما تبناه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 323 من التقنين المدني الجزائري" أي على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخاص منه" و عليه يجوز لهما الاتفاق على القواعد التي يريانها تقرب إلى أداء العدالة، ما لم يلزم المشرع صاحب الحق بنص آمر مثل عقد الشركة الذي لا يجوز إثباته بغير الكتابة، و كذلك عقد الكفالة، و عقد النقل البحري، و هذا الطرح يصلح مجاراته في القانون الجزائري ذلك أن المشرع قد نص صراحة في نص المادة 418 من التقنين المدني: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا ..." و كذلك في نص المادة 645: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة..." و هذه النصوص آمرة على وجوب الإثبات بالكتابة بالنسبة لعقد الشركة و عقد الكفالة فإنه لا يجوز إطلاقا للخصوم الاتفاق على طريق آخر للإثبات واستبعاد الكتابة.

- و بالرجوع إلى نص المادة 333/ ف1 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 د ج أو كان غير

محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يخالف ذلك ".

أي أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد على ألف دينار جزائري" 1000 دج" أو كانت غير محددة، فلو أخذنا بالتفسير الحرفي للنص نجد أنه يعتبر قاعدة آمرة أي أنه من النظام العام و هذا راجع إلى عبارة:

"..لا يجوز .." و كذلك من خلال مقارنته بما جاء به القانون المصري و القانون اللبناني في هذا المجال نجد نص المادة 60 من القانوني المصري: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مائة جنيه أو كان غير محدد القيمة لا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك..." و نصت المادة 254 من القانون اللبناني على:" لا تقبل شهادة الشهود لإثبات العقود و غيرها من التصرفات القانونية التي يقصد بها إنشاء حقوق أو التزامات أو انتقالها أو تعديلها أو انقضائها إذا كانت قيمتها تتجاوز 4000 ليرة ...".

" و يجوز للخصوم أن يعدلوا عن التمسك بهذه القاعدة صراحة أو ضمنا"

- فمن خلال هذين النصين نجد أن القانونين المصري و اللبناني قد نصا صراحة على جواز الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة و بالتالي استبعدا تعلقها بالنظام العام، و هو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي حيث اعتبر أن القاعدة لا تتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما تزيد قيمته على النصاب أو فيما يخالف أو يجاوز الكتابة و لو لم تزد قيمتها على النصاب.

و عليه ينبغي الإشارة إلى أن نص المادة 333 من القانون المدني الجزائري ينطبق تماما مع ما ورد في نص المادتين السابقتين، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على جواز الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة و هذا ما يجعل المجال متاحا للقول بارتباطها بالنظام العام.

الخـــــاتـــمـــــة

في الأخير نختم بحثنا هذا ببعض الملاحظات والاستنتاجات حول أهم النقاط التي تعرضنا إليها، من خلال دراسة عبء الإثبات و كيفية توزيعه و دور القاضي و الخصوم في هذه العملية. حيث عرفنا ماهية عبء الإثبات بأنه ذلك الثقل الملقى على عاتق أحد الأطراف في خصومة قضائية، و المعبر عنه بواجب أحدهما في تقديم الدليل أمام القضاء عن صحة ادعائه، و هذا الخصم قد يكون مدعيا في الدعوى أو مدعا عليه، فالعبرة برافع الادعاء سواء كان طلبا أو دفعا، لا برافع الدعوى أمام ساحة القضاء، فيكون بذلك رافع الادعاء و هو المدعي في الإثبات في مركز ضعيف يفرض عليه بذل جهد في إثبات ادعائه وفق القواعد و باستعمال الوسائل التي حددها القانون. في مقابل ذلك، يجلس الخصم الآخر مجلس المترقب الملاحظ، ينتظر فوزه بمجرد إخفاق خصمه في إثبات ادعائه، أو انتقال العبء إليه بمجرد نجاح الخصم في مهمته، و بالتالي يكون المدعي في الإثبات هو الطرف الضعيف، و المدعى عليه هو الطرف القوي.

لكن بالنظر إلى محل الإثبات و محل عبء الإثبات خاصة، و ما يكتنفه من تعقيد و تركيب، حيث لا يتحقق المحل و لا يكون موجودا إلا باتحاد جميع عناصره، إضافة إلى كونه جائزا للإثبات و منتجا في الدعوى. فالعقد لا يكون له وجود في عالم القانون إلا إذا اتحد تراضي طرفيه و محله وسببه، وكانت أهلية طرفيه سليمة و رضاهما سليما من كل العيوب، وكان المحل موجودا و مشروعا و السبب حقيقيا و مشروعا. كذلك بالنسبة للمحل عبء الإثبات الناشىء عن الفعل الضار، من توافر الخطأ و الضرر و العلاقة السببية، وغيرها من مصادر الحقوق من إثراء بلا سبب و إرادة منفردة... وغيرها من وقائع مادية و تصرفات قانونية. كل هذا يجعلنا نتصور بأن إثبات الحق لا يتم إلا بإثبات جميع عناصره، و هو من قبيل المستحيل بالنسبة للمكلف بهذا العبء.

أخذا بهذه الاعتبارات، قرر القانون تخفيف العبء على المكلف به، فألزم المدعي في الإثبات بالاكتفاء بإثبات عناصر الحق التي تجعله مرجحا للوجود، و لم يلزمه بإثبات

كافة عناصر الحق، لأن ذلك يثقل كاهله، و الوسيلة المستعملة في هذا التخفيف هي توزيع عبء الإثبات بين الخصوم، بحيث يتحمل كل طرف جزءا منه.

إن استعمال هذه الوسيلة قد يكون إما من طرف القاضي الفاصل في النزاع، أو من طرف الخصوم أنفسهم، و يتجلى هذا الدور أثناء خصومة معينة، من خلال الاستعانة بطريقة من طرق الإثبات التي حددها القانون. قد يتدخل القاضي في توزيع عبء الإثبات، وهو مظهر من مظاهر دوره الإيجابي، يظهر ذلك جليا عند استعمال القرائن و اليمين القضائية كدليل في الدعوى، و القرائن المقصودة في هذا المجال هي القرائن القابلة لإثبات العكس، سواء كانت قرائن قانونية قاطعة أو غير قاطعة أو قرائن قضائية، ففيما يتعلق بالقران القانونية بنوعيها القاطع و غير القاطع، تعتبر طريقا معفيا من الإثبات، يقرر القاضي بمجرد توفرها تدعيما لكفة خصم، إعفاء هذا الأخير من إثبات ادعائه، و يلقي العبء على الخصم الأخر ليثبت عكس القرينة المستعملة، و في هذا المجال يجب تجنب الخلط بين المفهومين: قرينة قانونية قاطعة و قاعدة موضوعية، لأن الأولى قابلة للتكذيب و الإبطال (كإثبات التزوير في الحكم القضائي الحائز لقوة الشيء المقضي به - مثلا -)، أما الثانية فهي قاعدة قانونية تتميز بالعمومية والشمولية و التجريد والإلزام، فلا يمكن إثبات عكسها. أما فيما يتعلق بالقرائن القضائية، فهي التي يستنبطها القاضي من واقعة معلومة في الدعوى كدليل على وجود واقعة أخرى مجهولة في الدعوى، ولها نفس حجية الإثبات بشهادة الشهود، عندما يستنبطها القاضي فهو يرجح صدق أحد الخصوم وبالتالي فهو يلقي على الخصم الآخر عبء إثبات عكس القرينة القضائية.

فيما يتعلق باليمين، فإن دور القاضي يظهر جليا في كل من نوعي اليمين، المتممة و الحاسمة' حتى و لو اعتبرنا هذا الدور محدودا فيما يخص اليمين الحاسمة، حيث يقتصر دوره في منع الخصم من توجيهها نحو خصمه تعسفا، أما فيما يخص اليمين المتممة، فالقاضي يتحكم فيها كليا، فهو الذي يقدر توفر بداية الدليل ليستكمله بتوجيه اليمين إلى الخصم الذي تقوى حجته، أي أن القاضي قد يوجه اليمين إلى المدعي الذي لم يستطع إثبات ادعائه، فيحلفها هو عوض المدعي عليه وفق للقاعدة العامة في الإثبات التي تنص على أن اليمين يحلفها المدعي، و تجدر الإشارة إلى أنه يجب تجنب الخلط بين هذه

اليمين و الأنواع الخاصة من اليمين ، لأن المشرع نص على اقتصار استعمال هذه الأخيرة في نزاعات معينة، كما وضع قواعد خاصة بها تختلف عن قواعد اليمين العامة (كاليمين في النزاع حول متاع البيت- مثلا -).

أما فيما يتعلق بدور الخصوم في توزيع عبء الإثبات، فهو يكون بارزا من خلال لجوئهم إلى الإقرار وتوجيه اليمين الحاسمة، كما أنهم قد يتفقون على التوزيع،

وهذا الدور ناتج عن مبدأ عام مفاده أن الدعوى المدنية ملك للخصوم، يتحكمون فيها، فليس للقاضي فيها إلا دور توجيه و مراقبة الإجراءات. ففيما يتعلق باليمين الحاسمة، يختار الخصم توجيهها إلى خصمه إذا عجز عن إثبات ادعائه، احتكاما إلى ضميره، و في مقابل ذلك ينشأ للخصم الآخر حق رد هذه اليمين. و فيما يتعلق بالإقرار، تظهر عملية توزيع عبء الإثبات من خلال الإقرار المركب من واقعتين غير مرتبطتين ارتباطا وثيقا، حيث يكلف الخصم الذي قبل إقرار خصمه بإثبات الواقعة المرتبطة بالواقعة المقر بها. كذلك قد يتفق الخصوم على توزيع عبء الإثبات سواء قبل نشوء النزاع أو بعد نشوئه، و يشترط في هذا الاتفاق عدم مخالفته للنظام العام، لكن تبقى مظاهره نادرة الوجود في القانون الجزائري و قليلة الاستعمال من الناحية العملية.

و كآخر ملاحظة، نرى أن النصوص القانونية التي تنظم الإثبات في القانون الجزائري قاصرة و غير كافية من الناحية الفعالية، فالأجدر تدعيمها و تطويرها. زيادة على أن هذه القواعد حاليا مبعثرة بين نصوص مختلفة، في حين أنه سيكون أنجع وأقرب إلى الصواب توحيد قواعد الإثبات وجمعها في تقنين واحد، كما فعل المشرع المصري.

قـــــــائمـــــة المراجـــــــــــــع

I. الكتــــــــب:

1) عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الإلتزام بوجه عام – الإثبات – آثار للإلتزام – دار إحياء التراث العربي – بيروت، لبنان.

2) د/ رمضان أبو السعود – أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية " النظرية العامة في الإثبات " الدار الجامعية - الطبعة سنة 1993.

3) د/ محمد فتح ا النشار – أحكام و قواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي و قانون الإثبات طبقا لأحداث أحكام محكمة النقض – دار الجامعة الجديدة للنشر – الطبعة سنة 2000.

4) أدم وهيب النداوي – دور الحاكم المدني في الإثبات – دراسة مقارنة – مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع – الطبعة سنة 1997.

5) د/ نبيــل إبراهيـــم سعد و د/ همام محمد محمود زهران – أصول الإثبات في المــواد المدنية و التجارية – دار الجامعة الجديدة للنشر – الطبعة سنة 2001.

6) د/ نبيل إبراهيم سعد – الإثبات في المواد المدنية و التجارية في ضوء الفقه و القضاء – منشأة المعارف – الطبعة سنة 2000.

7) أحمد أبو الوفا – الإثبات في المواد المدنية و التجارية – الدار الجامعية للطباعة و النشر – الطبعة سنة 1983.

8) د/ محمود عبدالرحيم الديب – أسس الإثبات المدني في القانون المصري و الفقه الإسلامي – دار الجامعة الجديدة للنشر – الطبعة سنة 1998.

9) محمد أحمد عابدين – عبء الإثبات و نقله – دار الفكر الجامعي – الطبعة سنة 1995.

10) د/ محمد حسن قاسم – الإثبات في المواد المدنية و التجارية – الدار الجامعية للنشر.

11) د/ محمد الزحيلي – وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية – الجزء الثاني – مكتبة المؤيد – مكتبة دار البيان – الطبعة الثانية سنة 1994.

12) د/ عبدالحكم فوده – موسوعة الإثبات في المواد المدنية و التجارية و الشرعية في ضوء الفقه و قضاء النقض حتى سنة 1995 – الجزء الثاني – دار المطبوعات الجامعية – الطبعة الأولى.

13) أشرف ندا – الدليل في الإثبات وفقا للمبادئ التى أرستها أحكام محكمة النقض – دار محمود للنشر و التوزيع – الطبعة الأولى – سنة 1997 .

14) بكوش يحي – أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي – دارسة نظرية و تطبيقية مقارنة –المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر– الطبعة الثانية- سنة 1988.

15) د/الغوثي بن ملحة - قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري- الديوان الوطني للأشغال التربوية -الطبعة الأولى- سنة 2001.

II.<u>المجلات القضائية</u> :

1. المجلة القضائية: العدد الخاص " الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية سنة 2001"
2. المجلة القضائية: العدد الأول سنة 2001.
3. المجلة القضائية: العدد الثاني سنة 2000.
4. المجلة القضائية: العدد الثاني سنة 1998.
5. المجلة القضائية: العدد الأول سنة 1996.
6. المجلة القضائية: العدد الثاني سنة 1996.
7. المجلة القضائية: العدد الثاني سنة 1994.

8. المجلة القضائية: العدد الأول سنة 1993.
9. المجلة القضائية: العدد الثالث سنة 1993.
10. المجلة القضائية: العدد الرابع سنة 1992.
11. المجلة القضائية: العدد الأول سنة 1991.
12. المجلة القضائية: العدد الثالث سنة 1989.
13. المجلة القضائية: لسنة 1987.

الفهـ ـرس :